Sammlung

der

Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck

in

Frankfurter Rechtssachen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Juristen.

Achter Band,

umfassend den Zeitraum vom 30. Juni 1863 bis zum 31. December 1864.

Frankfurt am Main.

J. D. Sauerländer's Verlag.

1867.

Rec. July 25, 1901

Mit diesem achten Bande wird die Sammlung der Entscheidungen des Oberappellations-Gerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechts-Sachen geschlossen. Die vorliegenden acht Bände umfassen den Zeitraum vom 1. September 1853 bis zum 31. December 1864; die in den Jahren 1865 und 1866 in Frankfurter Rechts-Sachen ergangenen Urtheile des Oberappellationsgerichts finden sich in der durch den Präsidenten Herrn Dr. **Kierulf** (Hamburg bei Mauke & Söhne) veranstalteten Sammlung sämmtlicher Lübecker Urtheile.

Namens der Herausgeber

Fiskal Dr. **Jung.**

Frankfurt a. M., den 17. November 1867.

Inhalt.

Auszüge aus früheren Entscheidungen:

Druckfehler:

S. 127. Zeile 9: Victoria statt Dict.
S. 461 in der Rubrik: Schönstadt zu Erfurt statt J. A. Strauß.

336.

C. A. F. W. A. N. von Holzhausen, Kläger, gegen die Metzgermeister **H. M. Jung & Consorten,** Beklagte, sowie auch die Geschwornen des Metzgerhandwerks und die Deputirten der Hammelmetzger, Intervenienten, Ausübung des Weiderechts und Schadensersatz betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 13. December 1861.

1. Kläger behauptet, es hätten die Beklagten unbefugter Weise ihre Schafe auf gewissen, im Gallenfeld gelegenen, Grundstücken weiden lassen, während ihm ein ausschließliches Hutrecht an diesen Grundstücken zustehe. Dieses Recht leitet Kläger daher ab, daß im Jahre 1812, in Ausübung des von ihm mit den Metzgern am 11. September 1809 abgeschlossenen, den Brachaufhebungsvertrag der Letzteren mit den Ackerbegüterten vom 20. April desselben Jahres ergänzenden Vergleichs, die bis dahin ihm und den Hammelmetzgern gemeinschaftlich gewesene (Koppel-) Weide im Gallenfeld durch den damaligen Stadtgeometer Bunsen abgetheilt und die desfallsige Grenze unter Mitwirkung der Interessenten ausgesteint worden sei, so daß von da an die westlich dieser Grenze liegenden Grundstücke seinem ausschließlichen Hutrecht, das östlich gelegene Areal dagegen demjenigen der Metzger unterstehe, daß aber die fraglichen, von den Beklagten beweideten Grundstücke sich westlich der Hutgrenze, somit auf seinem Territorium befänden.

Kläger verlangt hiernach, daß den Beklagten die Ausübung der Hut auf sämmtlichen, westlich der bezeichneten Grenze liegenden Grundstücken untersagt, auch dieselben zum Ersatz des ihm durch die widerrechtliche Behutung der Grundstücke Gew. 15 Nr. 109, 110, 119,

120, 121, 123, 128, 129, 134, 137, 212, 220, 221, 222, 224, 225, 226, ferner Gew. 20 Nr. 28 zugegangenen Schadens, vorbehältlich dessen Liquidation, verurtheilt werden.

2. Wenn Kläger diese Klagansprüche zu gleicher Zeit possessorisch und petitorisch geltend gemacht, so ist ersteres, das Possessorium, in rechtlichen Betracht nicht weiter zu ziehen, da abgesehen davon, daß Kläger einen, dem behaupteten Recht entsprechenden Besitzstand gar nicht einmal behauptet hat, jedenfalls die Entscheidung über das von dem Kläger beanspruchte Recht eine besondere Entscheidung über den Besitz um so gewisser überflüssig und unzulässig macht, als bei einem dem Kläger günstigen Ausgang des petitorii die Verurtheilung der Beklagten in noch größerem Umfang zu erfolgen hat, im entgegengesetzten Fall aber das in possessorio zu Gunsten Klägers etwa zu erlassende, nach dem Ausgang des petitorii jedoch wieder aufzuhebende Verbot mit der Vorschrift in lex 173, § 3, Dig. de Rej. jur. in Widerspruch treten würde.

Erk. des O.-A.-G. in Sachen Pfefferkorn ca. Ochs in Römer, Sammlung Bd I. S. 48.

3. Im Anschluß an die Behauptung der Beklagten, daß es sich bei der bestrittenen Weidebefugniß um ein, nicht nur ihnen, vielmehr dem gesammten Metzgerhandwerk zustehendes Recht handle, ist Letzteres in den Streit getreten.

Dies kann einem ernstlichen Bedenken nicht unterliegen, ist auch vom Kläger an sich nicht bestritten worden. Wenn derselbe jedoch meint, daß im Grunde nur die Hammelmetzger, nicht aber das Metzgerhandwerk zum Auftreten in dieser Sache legitimirt sei, so ist dies irrig, da, inwiefern es sich vorliegend um die durch den Brachaufhebungsvertrag vom Jahre 1809, resp. den mit Kläger geschlossenen Vergleich vom 11. September desselben Jahres begründete Weidebefugniß handelt, allerdings das Metzgerhandwerk als der berechtigte und deshalb Mitinteressent an gegenwärtigem Rechtsstreit erscheint, wenngleich die Hammelmetzger allein diejenigen sind, welche von jenem der Innung eingeräumten Recht Nutzen ziehen, dasselbe ausüben.

Wenn dagegen die Beklagten vermeinen, daß sie in Folge des Eintritts des Metzgerhandwerks in den Streit nunmehr ihrerseits aus demselben gänzlich auszuscheiden befugt seien, so kann auch dem

nicht beigepflichtet werden. Denn die Grundsätze über laudatio auctoris sind vorliegend durchaus nicht platzgreifend, da die Beklagten diejenigen Handlungen, um derenwillen sie nunmehr in Anspruch genommen sind, keineswegs im Namen oder Auftrag des Metzgerhandwerks, vielmehr lediglich in eigenem Namen und Kraft des Rechtes vorgenommen haben, welches ihnen als Mitgliedern der Metzgerinnung angeblich zusteht. Der Umstand, daß an diesem, vom Kläger bestrittenen Recht, außer ihnen das gesammte Metzgerhandwerk betheiligt ist, kann daher wohl den Eintritt dieses Letzteren in den Streit unter dem Gesichtspunkt der accessorischen Intervention als vollkommen gerechtfertigt, nicht aber das Ausscheiden der Beklagten als begründet erscheinen lassen.

4. Bezüglich des thatsächlichen Klagegrundes erklären die Beklagten, daß sie nicht wüßten, ob die fraglichen Grundstücke von ihren Hämmeln, wie angegeben, behütet worden seien und daß sie deshalb diese Thatsache in Abrede stellen. Da es sich jedoch hierbei um das eigene Factum der Beklagten, resp. ihres Beauftragten (Schäfer Adrian) handelt, Beklagten daher desfallsige Wissenschaft allerdings angesonnen werden kann, so ist auf die, ihren Motiven nach gänzlich ungerechtfertigte, Verabredung des betreffenden Klagevorbringens um so weniger Rücksicht zu nehmen, eine Veranlassung zur Einleitung eines Beweisverfahrens darin um so unbedenklicher nicht zu finden, als bei dem Umstand, daß die Beklagten an dem Rechte der Behütung der fraglichen Grundstücke unter allen Umständen festhalten, dies Recht aber gerade den wesentlichen Gegenstand des Streites bildet, auf die Thatsache der stattgehabten Behütung überhaupt nur noch in zweiter Linie, nämlich insoweit Etwas ankommen kann, als Kläger Schadenersatzansprüche dieserhalb erhoben hat.

Der historische Klagegrund — die Beweidung der erwähnten Grundstücke von Seiten der Schafe der Beklagten — muß hiernach als außer Streit stehend betrachtet werden.

5. Soviel die Grundstücke Gew. 15 Nr. 224 und Gew. 20 Nr. 28 angeht, so räumen die Beklagten ein, daß ihnen ein Hutrecht an diesen Grundstücken nicht zusteht. Insoweit ist daher der Klaganspruch liquid gestellt. Wenn aber die Beklagten behaupten, falls eine Behütung dieser Grundstücke stattgefunden habe, — und daß dem

so ist, muß zufolge des oben unter 4 a. E. Bemerkten als ausgemacht gelten —, so sei dies unzweifelhaft mit Zustimmung des klägerischen Schäfers geschehen, — so vermag hierin ein den Schadensansprüchen Klägers derogirendes Moment nicht gefunden zu werden, da Beklagte zu behaupten unterlassen haben, daß Klägers Schäfer zufolge Gestattung ausdrücklich, oder wenigstens den Umständen nach, ermächtigt gewesen sei, ohnedies aber das Vorgehen dieses Schäfers nicht geignet erscheint, den Rechten Klägers zu präjudiciren. Die Schadensersatzpflicht der Beklagten ist daher, soviel die genannten beiden Grundstücke betrifft, gleichfalls liquid.

6. Die übrigen Grundstücke, mit Ausnahme der beiden Wiesen Nr. 225 und 226, anlangend, so stellen die Beklagten das Weiderecht Klägers an denselben an sich nicht in Abrede, läugnen auch nicht das Vorhandensein der ausgesteinten Weidegrenze. Sie verabreden jedoch die Ausschließlichkeit jenes Rechts und die dieser Grenze von dem Kläger beigelegte Bedeutung, indem sie vielmehr ein concurrirendes (Koppel-) Hutrecht an eben diesen Stücken für sich in Anspruch nehmen.

Dies Recht gründen sie

A. auf Vertrag,

B. auf Ersitzung.

Zu A. In Folge des Brachaufhebungsvertrags vom 20. April 1809 beanspruchen die Metzger ganz allein ein Weiderecht auf allen, nicht besonders ausgenommenen Grundstücken der hiesigen Gemarkung. Bei dem klaren Inhalt des erwähnten Vertrags ist dies generelle Hutrecht der Metzger nicht zu bezweifeln.

Die Beklagten und Intervenienten vindiciren sich aber weiter und insbesondere das Weiderecht an einem im großen Gallenfeld belegenen Distrikt von ca. 90 Morgen, rücksichtlich dessen das Hutrecht unter den Parteien streitig gewesen, durch den Vergleich vom 11. September 1809 aber dahin festgestellt worden sei, daß dieser Distrikt „künftig unbestrittene Koppelweide sein und bleiben solle.“ Zu diesem Distrikt gehören unwidersprochener Maßen die westlich der mehrerwähnten Grenze gelegenen Grundstücke, insonderheit diejenigen, deren Behutung Seitens der Beklagten die Veranlassung zu gegenwärtigem Rechtsstreit gegeben hat.

Bezüglich der ausgesteinten Grenze erklären die Beklagten, daß die vorhandenen 11 Grenzsteine nicht so wohl die erfolgte Abtheilung der bis dahin beiden Theilen gemeinschaftlich gewesenen Weidebefugniß im großen Gallenfeld, zu welcher es niemalen gekommen, als vielmehr das Ende der gemeinsamen (Koppel=) Weide nach der Seite der Stadt, beziehungsweise denjenigen Grundstücken hin, auf welchen den Metzgern alleiniges Hutrecht zustehe, bezeichne, dergestalt, daß der Viehtrieb des dem Kläger gehörenden Hellerhofs bis an diese Weidegrenze, das Hutrecht der Metzger aber über dieselben hinaus nach den Marken der Hellerhof=Güterstücke hin sich erstrecke.

Die Frage nach der Bedeutung der vorhandenen Grenzsteine erscheint hiernach als der eigentliche Kern des Streites, in dem ja nach deren Beantwortung im Sinne Klägers oder aber der Beklagten der Grund oder Ungrund der erhobenen Klage, soweit es sich dabei um die westlich der Grenze liegenden Baufelder handelt, klar gestellt erscheint. Zu Gunsten der klägerischen Auffassung, — d. i. der stattgehabten Abtheilung der beiderseitigen Weidebefugniß mittelst der ausgesteinten Grenze, — ergeben nun die Acten die folgenden Momente.

a) Zufolge Art. 2 des Vergleichs vom 11. September war verabredet worden, daß die beiderseitige Weidebefugniß auf dem großen Gallenfeld zur Hälfte unter den Contrahenten getheilt und abgesteint werden solle, und zwar die ganze beiderseitige Weidebefugniß, somit nicht nur die bisher streitig gewesene Koppelweide auf dem erwähnten Distrikt von 90 Morgen, sondern das gesammte, außer diesen 90 Morgen alle übrigen Grundstücke des Gallenfeldes, soweit dieselben nicht geradezu hutfrei, oder, wie die Güterstücke des Hellerhofs ein Eigenthum Klägers waren, umfassende Weiderecht der Parteien.

Der Vergleich vom 11. September hat die Genehmigung und Bestätigung der fürstlichen General=Commission gefunden und ist hierbei den Contrahenden noch besonders aufgegeben worden,

> „die Absteinung der verglichenen Grenze der Hammelweide und resp. des Viehtriebs des Hellerhofs bei dem Ackergericht nachzusuchen."

Vergl. den Abdruck des Originalsvergleichs S. 84.

Da nun mitten des Gallenfeldes eine abgesteinte Weidegrenze sich in der That vorfindet, so kann im Zweifel nichts anderes angenommen

werden, als daß deren Herrichtung im Sinne der getroffenen Vereinbarung, beziehungsweise der den Parteien von maßgebender Stelle gemachten Auflage erfolgt sei, womit denn auch die auf den Grenzsteinen befindlichen, ihrer Bedeutung nach kaum mißzuverstehenden Zeichen, nämlich H. H. (Hellerhof) auf den westlichen und M. H. (Metzgerhandwerk) auf der westlichen Seite im vollsten Einklang stehen.

Die Beklagten wenden jedoch hiergegen ein, die Absicht der Contrahenten könne bei Abschluß des Vergleichs vom 11. September gar nicht auf eine Abtheilung der beiderseitigen Weidebefugniß in dem unterstellten Sinne gegangen sein, da sonsten die beiden Art. 1 und 2 des Vergleichs einen inneren Widerspruch ergeben würden, indem Art. 2 die Aufhebung der bis dahin bestandenen gemeinsamen Weide verordne, während Art. 1 umgekehrt deren Fortbestand, wenigstens rücksichtlich eines Theils der vorliegend gerade in Frage stehenden 90 Morgen, vorschreibe. Allein dieser Einwand ist grundlos, der behauptete Widerspruch besteht nicht, oder doch nur scheinbar.

Art. 1 bestimmt nämlich im Wesentlichen nur so viel, daß an dem daselbst erwähnten, bis dahin von den Metzgern für sich allein beanspruchten Areal künftighin beiden Theilen Weiderecht zustehen, dies Areal Koppelweide sein, somit in die gleiche Categorie mit allen übrigen, der Koppelhut der Paciscenten unterliegenden Grundstücken, fallen solle. Wenn nun Art. 2 weiterhin das Prinzip der Abtheilung des dem beiderseitigen Weiderecht unterliegenden Gütercomplexes festsetzt, so liegt hierin keineswegs ein Widerspruch mit der im vorhergehenden Artikel getroffenen Bestimmung, da vielmehr durch letzteren nur erst die Eigenschaft des bis dahin streitig gewesenen Areals als Object des beiderseitigen Hutrechts anerkannt, somit die Vorbedingung der Anwendbarkeit des in Art. 2 vereinbarten Theilungsgrundsatzes auf eben dies Areal hergestellt worden ist, nicht Aufhebung, Negation des beiderseitigen Weiderechts, vielmehr lediglich die Verabredung einer besonderen Art der Ausübung desselben gefunden werden kann.

Wenn die Beklagten ferner der Annahme einer mit der vorhandenen Grenze bewirkten Abtheilung des gemeinsamen Weideterritoriums mit dem Hinweis auf den Inhalt des ackergerichtlichen Protokolls vom 10. November 1809 begegnen zu können meinen, insofern hier die Absteinung der Weidegrenze den Interessenten für den doppelten Fall

des fortbestehenden Compascui oder aber der Abtheilung zur Pflicht gemacht worden sei, — vergl. S. 82 des Abdrucks des Originalvergleichs — so ist auch dies unbegründet. Denn mag immerhin der Sinn und die Bedeutung dieser Verfügung unklar sein und bleiben, so ist doch so viel einleuchtend, daß unter der hier auf allen Fall vor dem Ackergericht gewollten Grenzaussteinung nicht eine Weidegrenze, wie die dermalen vorhandene gemeint sein konnte, da im Fall des fortbestenden Compascuum die Herstellung einer mitten durch das Gallenfeld ziehenden, dasselbe resp. das dem Hutrecht der Parteien dienende Gelände, in zwei ungefähr gleiche Hälften theilende Grenze unter allen Umständen nicht angezeigt war; hieraus aber von selber folgt, daß mit der von dem Ackergericht vorgesehenen Weidegrenze eine ganz andere, als die in Frage stehende, etwa an den äußeren Endpunkten des der Koppelhut unterliegenden Areals gemeint sein mußte.

b) Die von dem Stadtgeometer Bunsen ausgeführte Karte [9] ergibt aus der beigefügten Aufschrift, daß die daselbst verzeichnete Grenze in Ausführung des Vergleiches vom 11. September 1809 ausgemittelt und ausgesteint worden ist.

Daß diese Karte mit dem bis jetzt nicht zu den Acten gebrachten Original übereinstimme, haben die Beklagten und Intervenienten nicht zu läugnen und ebensowenig zu verabreden vermocht, daß die vorhandenen 11 Grenzsteine dieser Karte entsprechend gesetzt seien. Dieselben behaupten jedoch, die Abtheilung nach Maßgabe dieser Karte sei niemals endgültig zu Stande gekommen, sie sei vielmehr Project geblieben.

Allein diese Behauptung wird sofort durch die Thatsache der vorhandenen Aussteinung der Grenze widerlegt, da unmöglich angenommen werden kann, daß die Grenzsteine gesetzt worden seien, ehe und bevor die damit beabsichtigte Abtheilung das Stadium des Projectes verlassen gehabt habe. Die Karte für sich allein konnte möglicherweise Project sein und bleiben, die gesetzten, seit 1812 unverrückt bestehenden Steine können nimmermehr als bloßes Project betrachtet werden und selbst der Mangel eines bestätigenden Ackergerichtsprotokolles kann hiergegen nicht in's Gewicht fallen, zumal die Beklagten und Intervenienten überall nur das Nichtvorhandensein eines solchen, keineswegs aber die erfolgte Versagung der nachgesuchten Bestätigung zu behaupten vermocht haben.

c) Die Natur der Sache streitet dafür, daß, wenn eine Abtheilung überhaupt vorgenommen worden, dieselbe eine umfassende gewesen ist. Denn es wäre in der That kein Grund abzusehen, warum neben einer Abtheilung alles übrigen, dem Koppelhutrecht der Parteien unterworfenen Geländes gerade die fraglichen 90 Morgen sollten in ungetheilter Gemeinschaft verblieben sein. Daß aber das weitere Gelände zu irgend welcher Zeit unter den Parteien abgetheilt worden ist, ergibt sich daraus, daß Kläger an dem östlich der Grenze nach der Seite der Stadt hin gelegenen Areal, und umgekehrt die Beklagten und Intervenienten an dem jenseits der erwähnten 90 Morgen nach den Hellerhöfen hin gelegenen Grundstücken keine Weidebefugniß in Anspruch nehmen, dieses Territorium vielmehr dem ausschließlichen Hutrecht des einen und anderen Theiles unterliegt, unerachtet dieselben ausweislich der Karte [9] früher dem gemeinsamen Weiderecht gedient haben.

Faßt man alle diese vorstehend unter a bis c erörterten Momente zusammen, so kann es keinen Zweifel leiden, daß der rechtliche Grund der Klage — das alleinige Weiderecht Klägers an den westlich der vorhandenen Weidegrenze liegenden Baufeldern — so weit klar gestellt, insoweit actio fundata vorhanden ist, daß es nicht erst eines dem Kläger dieserhalb aufzulegenden Beweises bedarf, vielmehr lediglich den Beklagten und Intervenienten der Beweis des von ihnen angegebenen anderen Sachverhaltes nachzulassen ist.

So viel die beiden Wiesen Nr. 225 und 226, denen übrigens die weiteren Nr. 223 und 227 in rechtlicher Beziehung völlig gleich stehen, betrifft, so muß das Weiderecht des Metzgerhandwerkes an denselben unbedenklich anerkannt werden. Es wird nämlich das Recht durch den Brachaufhebungs-Vertrag vom Jahr 1809, Art. 4, pos. d. in Verbindung mit den Anlagen A. und B. zu diesem Vertrag — vergl. S. 11, 41 und 44 der gedruckten Ausgabe — sofort liquid gestellt, indem daselbst ausdrücklich bemerkt und anerkannt ist, daß die Metzger die Wiesen Nr. 223, 225, 226, 227 der Gew. Nr. 15 auf Michaeli mit ihren Schlachthämmeln betreiben dürfen. Kläger sucht nun zwar die Glaubwürdigkeit dieser wegen der Bezeichnung der Wiesen nach ihren Nummern vorzugsweise entscheidenden Anlage A. zu dem Original-Vergleich zweifelhaft zu machen. Es

kann jedoch diesem gänzlich abwegigen, ja geradezu frivolen Vorbringen keinerlei Beachtung zu Theil werden. Denn der im Jahre 1809 im Druck erschienenen Ausgabe des Originalvergleiches sammt Anlagen und den die amtliche Bestätigung enthaltenen Urkunden, muß der Charakter der Authenticität unbedingt zuerkannt werden, zumal schon in dem Inscript der fürstlichen Generalcommission vom 22. Nov. 1809 die Drucklegung des zur Beurkundung des Besitzstandes und Berechtigung der ursprünglichen Anlage A. des Hauptvergleiches dienenden Verzeichnisses aller hutfreien Grundstücke angeordnet war. Es kann hiernach keinen Zweifel leiden, daß die als Beilage Lit. B. zum Hauptvergleich im Druck veröffentlichte Aufstellung der hutfreien Grundstücke, — zu welchen gemäß der desfallsigen ausdrücklichen Bemerkung die fraglichen Wiesen nicht gehören, — ihrem ganzen Inhalte nach mit demjenigen Verzeichniß identisch ist, welches laut Inhalt des ackergerichtlichen Protokolls vom 10. Nov. 1809 (S. 79 der gedruckten Ausgabe) unter Mitwirkung der Ackergeschwornen endgültig festgestellt, amtlicher Seits beurkundet und von Seiten der fürstlichen General-Commission, wie angegeben, bestätigt und zum Druck verordnet worden ist. Damit zerfallen denn alle von dem Kläger gegen die Beweiskraft dieser Beilage A. erhobenen Einwendungen in sich. Wenn dagegen Kläger zur Begründung seines Hutrechtes an fraglichen Wiesen sich auf den von ihm mit den Ackerbegüterten abgeschlossenen Vergleich vom 11. Sept. 1809 beruft, insofern ihm damit jenes Recht von den Grundeigenthümern eingeräumt worden sei; wenn derselbe ferner zur Beseitigung des an sich vollkommen zutreffenden Einwandes der Beklagten, daß dieser Vergleich als ein inter tertios actum ihnen nicht präjudicire, replicando behauptet, das Metzgerhandwerk habe fraglichen Vergleich seinerseits genehmigt, so kann alles dies dem Ungrund der Klage nicht abhelfen. Denn es ist dem Kläger in Art. 5 des angezogenen Vergleiches — S. 74 der gedruckten Ausgabe — das Hutrecht nicht erst, geschweige in den behaupteten exclusiven Sinn constituirt, vielmehr nur ausgesprochen worden, daß demselben die Behütung jener Wiesen, wie solche bis dahin thatsächlich ausgeübt worden sei, auch fernerhin und so lange, als sich nicht durch genügliche Beweismittel ein Anderes ergeben werde, besitzlich verbleiben solle. Angenommen daher auch, es habe dem

Kläger ein herkömmliches, als solches von den Ackerbegüterten und selbst von dem Metzgerhandwerk anerkanntes Weiderecht an den Wiesen zugestanden, so würde damit noch immer nicht das erwiesenermaßen gleichfalls bestehende Triebrecht der Metzger ausgeschlossen erscheinen, vielmehr nur der Fall der beiden Theilen zustehenden Koppelhut auch bezüglich der fraglichen Wiesen dargethan sein, — ein Resultat, welches die Beklagten und Intervenienten eventuell geradezu acceptiren und welches vollkommen ausreicht, die Klage, so weit sie die mehrgedachten Wiesen betrifft, grundlos erscheinen zu lassen, während das in erster Linie von den Beklagten behauptete ausschließliche Hutrecht des Metzgerhandwerks darum außer Betracht bleiben kann, weil eine Widerklage in dieser Beziehung von ihnen nicht erhoben worden ist.

Könnte hiernach überhaupt ein Zweifel an der in Rede stehenden Weideberechtigung der Metzger aufkommen, so würde derselbe höchstens durch die Frage zu begründen sein, ob nicht das Recht des Metzgerhandwerks in der Folge eine Modifikation erfahren, die Wiesen, sofern sie als Koppelweide zu betrachten sind, mit in die Abtheilung des beiderseitigen Weiderechtes im Jahre 1812 gezogen worden seien? Da indessen die nach Maßgabe der Karte [9] gesetzten Grenzsteine nur bis an die Wiese Nr. 226, nicht aber über dieselbe sich hinausstrecken, so liegt der Gegenbeweis sofort dahin vor, daß die im Jahre 1812 vorgenommene Abtheilung die Wiesen außer Betracht gelassen, nur die dem beiderseitigen Weiderecht unterliegenden Baufelder umfaßt hat. Das Koppelrecht der Parteien an diesen Wiesen ist daher als annoch fortbestehend zu betrachten, wofern nicht etwa in dem Umstand, daß dieselben von der Betheiligung ausgeschlossen geblieben, gerade ein sehr bedeutsames Moment zu Gunsten des alleinigen Hutrechtes der Metzger an denselben zu finden sein sollte.

Zu B. Die Beklagten und Intervenienten behaupten, das bestrittene Hutrecht durch 10-, sogar 30jährige Ausübung jedenfalls ersessen zu haben, eventuell machen sie zu ihren Gunsten die unvordenkliche Verjährung geltend.

Die Einwendungen Klägers gegen die Zuläßigkeit und Begründung der behaupteten Ersitzung sind unzutreffend.

Das generelle Hutrecht der Metzger beruht keineswegs auf einer durch das öffentliche Interesse motivirten, polizeilichen Concession; es

stellt sich dasselbe vielmehr als ein durch Vertrag (Brachaufhebungsvertrag vom Jahre 1809) bestätigtes, resp. constituirtes Privatrecht des Metzgerhandwerks dar.

Es ist aber das dem Boden des deutschen Privatrechtes entsprungene, mit der römisch-rechtlichen servitus pascendi keineswegs identische Hutrecht seiner Natur nach als dingliches Servituten-Recht aufzufassen, gleichgültig, ob das Subject derselben als ein Grundstück (praedium dominans), oder aber eine moralische oder physische Person erscheint.

Mittermaier, Privatrecht ed. 7, § 166, S. 468 u. 469. § 168, S. 478 u. 479.

Es unterliegt daher auch keinem Zweifel, daß in Ermangelung abweichender Bestimmungen des hiesigen Particularrechtes die gemeinrechtlichen Grundsätze über Servituten-Ersitzung auf dieses Recht Anwendung finden.

Hiernach bedarf es aber zum Rechtserwerb durch Verjährung weder eines justus titulus noch der bona fides auf Seiten des Besitzers, da vielmehr nach der übereinstimmenden, auch von dem Ober-Appellationsgericht adoptirten Ansicht aller neueren Rechtslehrer an Stelle Beider lediglich eine justa possessio, d. i. ein weder gewaltsam, noch heimlich, noch vergünstigungsweise ausgeübter Besitz, resp. Quasibesitz gefordert wird.

Vangerow, Lehrbuch ed. 6, § 351, S. 871—873.

Puchta, Pand. § 188, Note m; derselbe, Vorlesungen Bd. 1, S. 401 u. 402.

Erk. des Ober-Appellationsgerichts in Römer, Sammlung Bd. 3, S. 67 u. 68.

Es kann deshalb auch aus der Thatsache Nichts gegen die Beklagten und Intervenienten hergeleitet werden, daß das Metzgerhandwerk in Art. 2 des Brachaufhebungsvertrages versprochen hat, mit dem ihm zur Beweidung überwiesenen Territorum sich begnügen und keine weitergehenden Anforderungen an die Ackerbegüterten jemals stellen zu wollen, da dies Versprechen, wenn überhaupt, immer nur auf die Frage der bona fides der Metzger bei Ausübung des Hutrechtes auf dem bestrittenen Areal von Einfluß sein würde. Ebensowenig relevirt aber auch der vom Kläger weiter hervorgehobene Um-

stand, daß die betreffenden Grundeigenthümer von der Ausübung der Hut Seitens der Metzger keine Kenntniß gehabt hätten, da der richtigen Ansicht zufolge, die scientia domini gleichfalls nicht als Requisit der Servitutenverjährung betrachtet werden kann.

Vangerow, l. c. S. 871, infra 872.

Kläger leugnet jedoch den behaupteten Besitzstand des Metzgerhandwerks, die Thatsache der stattgehabten Ausübung der Hut auf den fraglichen Grundstücken während der Verjährungszeit. Es ist daher den Beklagten und Intervenienten dieserhalb geeignete Beweis-Auflage zu machen, dem Kläger dagegen der Beweis seiner replicarischen Behauptung, daß die Behütung jener Grundstücke heimlich oder vergünstigungsweise vorgenommen worden sei, vorzubehalten.

Vergl. Vangerow, l. c. S. 872; Römer, l. c. S. 70.

Soviel übrigens die Zeitdauer der zu erweisenden Rechtsausübung betrifft, so wird bekanntlich der Servitutenerwerb durch 10-, resp. 20-jährige Uebung je nach der Anwesenheit oder Abwesenheit des Grundeigenthümers vollendet. Da nun die Beklagten und Intervenienten bezüglich des letzteren Momentes keine Angaben gemacht haben, diese Unvollständigkeit ihrer Rechtsbegründung ihnen aber nicht zum Vortheil gereichen darf, so haben dieselben jedenfalls eine 20jährige Behütung der streitenden Grundstücke zu erweisen, während, inwiefern sie dieselbe durch ihren Schäfer haben vornehmen lassen, auch der dem Letzteren hierzu ertheilt gewesene Auftrag mit zu beweisen ist.

Eine unvordenkliche Verjährung kann dagegen zu Gunsten der Beklagten und Intervenienten als begründet unter allen Umständen nicht erachtet werden. Denn da das Wesen dieser Verjährung in der That besteht, daß der Anfang eines Besitzes, resp. Quasibesitzes in eine der Erinnerung entrückte unvordenkliche Zeit fällt, und deshalb die Vermuthung der Rechtsmäßigkeit für sich hat, so muß allemal der Beweis eines bestimmten Anfanges des Besitzes innerhalb der letzten zwei Menschenalter jene thatsächliche Grundlage der Immemorialverjährung zerstören.

Savigny, System Bd. 4, S. 525 infra und 526.

Dieser Beweis liegt aber in dem gegenwärtigen Falle vor. Denn es betrifft hier die Ausübung der Hut auf den Stoppelfeldern der hiesigen Gemarkung der Zeit der Entstehung nach mit dem Erwerb

des desfallsigen Rechtes der Metzger zusammen, da vordem die Brachfelder den Metzgern als Weideplätze dienten, die Behütung der Stoppelfeder erst ihren Anfang nahm, als den Metzgern zum Ersatz für die aufgehobene Brache das Weiderecht auf den Stoppelfeldern eingeräumt worden war. Da nun letzteres unbestritten früher nicht als im Jahre 1809 erfolgt ist, so kann bezüglich der Behütung der Stoppelfelder von einer unvordenklichen Verjährung selbstverständlich keine Rede sein. Daß die von den Beklagten und Intervenienten zu führenden, einerseits die Bedeutung der vorhandenen Weidegrenze, andererseits die behauptete Ersitzung betreffenden Beweise denselben alternativ nachzulassen sind, ist einleuchtend und bedarf keiner weiteren Rechtfertigung.

Hiernach wird zu Recht erkannt:

I. Kläger wird mit der erhobenen Klage, soweit dieselbe die beiden Wiesen Gew. 15 Nr. 225 u. 226 betrifft, ab- und zur Ruhe verwiesen.

II. Die Beklagten haben sich der Behütung der Grundstücke Gew. 15 Nr. 224 und Gew. 20 Nr. 28 bei Vermeidung geeigneter Strafverfügung zu enthalten und sind schuldig, den durch die stattgehabte Beweidung dieser Grundstücke dem Kläger entstandenen Schaden vorgängiger Liquidation zu ersetzen.

III. Im Uebrigen haben die Beklagten und Intervenienten binnen 14 Tagen, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun, entweder:

„daß die vorhandene, von dem südöstlichen Ende des Ackers Nr. 92 anfangend, quer durch das Feld nach der Wiese Nr. 226 hinlaufende, ausgesteinte Weidegrenze das Ende der beiden Theilen zustehenden Koppelweide nach der Stadt hin bezeichne",

oder:

„daß die Hammelmetzger während eines nicht über das Jahr 1812 zurückgehenden 20jährigen Zeitraumes die westlich der erwähnten Weidegrenze belegenen Baufelder, in der Absicht, ein ihnen dieserhalb zustehendes Recht aus-

zuüben, mit ihren Hämmeln beweidet haben, bez. durch „ihren dazu beauftragten Schäfer haben beweiden lassen."

IV. Zu der zweiten Alternative des beklagtischen Beweissatzes bleibt dem Kläger der Beweis seiner Replik vorbehalten:

„daß die Behütung der fraglichen Grundstücke von Seiten der Metzger, resp. deren Schäfer heimlich oder nur vergünstigungsweise stattgefunden habe."

V. Hiernach soll, je nach dem Ergebniß dieser Beweise, in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen, weiter erkannt werden was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 24. März 1862.

Auf beiderseitige Appellation.

A. Die klägerische Appellation und

a) die erste Beschwerde, nebst den solcher angefügten beiden eventuellen Beschwerden anbelangend, so bedarf es zu deren Widerlegung nur der Bezugnahme auf den einschlagenden Inhalt der Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses zu A c, worin das die Abweisung des bezüglichen Klagantrages bewirkende Recht des Metzgerhandwerks, die Wiesen Gew. 15 Nr. 225 bis 227 incl. beweiden zu lassen, durch die eine definitive Regulirung sämmtlicher bis dahin über die Schafhut entstandenen Streitpunkte erledigt habenden, authentischen, gedruckten Protokolle und Urkunden, die Aufhebung der Brache 2c. 2c. betreffend, insbesondere durch die Beilagen A und B (S. 41 und 44 des Abdrucks) in so vollkommen überzeugender Weise dargethan worden ist, daß der Versuch des Klägers, aus früheren angeblich factischen Umständen und einzelnen vor dem endlichen Abschluß aufgestellten Ansprüchen das Material zur Beseitigung des vorerwähnten Rechtes der Metzgerzunft herzuleiten, als durchaus mißlungen betrachtet werden muß.

b) Was die zweite Beschwerde betrifft, so muß dasjenige, was weiter unten in Bezug auf die siebente, achte und neunte Beschwerde der Beklagten und Intervenienten angeführt ist, verwiesen werden.

c) In Ansehung der dritten Beschwerde, wegen der Normirung des Beweises der von den Beklagten und Intervenienten behaupteten

Acquisitivverjährung des Hutrechtes, sind die einzelnen von dem Kläger negirten Beweismomente auf die in den Entscheidungsgründen zu B bezeichneten zu beschränken, da ausweislich der dortigen Allegate, sowohl nach der Doktrin als der Praxis, die nicht zum Beweise verstellten Momente als nicht erheblich zu betrachten sind.

Wenn Kläger sich noch darauf beruft, daß es an den Erfordernissen zur accessio possessionis mangele, so genügt die Bemerkung, daß eine solche vorliegend nicht in Frage steht, wo die Hammelmetzger nur als Mitglieder der Metzgerzunft Besitzhandlungen ausgeübt haben können.

Auch versteht es sich von selbst, daß die Eigenschaft des Hellerhofes als Fideicommißgut die erwerbende Verjährung der Beklagten und Intervenienten weder zu behindern, noch hinsichtlich der Zeit zu beschränken vermag.

d) Es der Sachlage entspricht, daß die Entscheidung über die sämmtlichen Kosten erster Instanz bis zum Endurtheil ausgesetzt bleibe, so ist auch die vierte Beschwerde zu verwerfen. Was

B. die Appellation der Beklagten und Intervenienten betrifft, so erscheint

a) die erste Beschwerde begründet, da auf S. 7 der Klage angegeben ist, daß die Wiese Gew. 15 Nr. 227 von den Beklagten unbefugter Weise behütet worden sei, während, wie bereits bei der ersten klägerischen Beschwerde bemerkt, das Recht der Beklagten und Intervenienten, die gedachte Wiese zu behüten, in den angezogenen Entscheidungsgründen klar gestellt ist. Da

b) weder in der Klage noch in deren Nachträgen [3], [4] das Grundstück Gew. 15 Nr. 22 aufgeführt worden, so rechtfertigt sich auch die zweite Beschwerde.

c) Die dritte Beschwerde ist unbegründet, denn nach dem, was über die rechtliche Natur der fraglichen Hut zu B der Entscheidungsgründe erörtert worden, unterliegt es keinem Zweifel, daß der Hutberechtigte sein Hutrecht nicht nur gegen den Eigenthümer des betreffenden Grund und Bodens, sondern auch gegen Jeden, welcher sich, ohne dazu berechtigt zu sein, auf solchem die Hut oder die Koppelhut anmaßt, klagbar verfolgen kann, ohne daß es auf die formelle Bezeichnung der Klage ankommt.

d) Für die Verwerfung der vierten Beschwerde ist schon entscheidend, daß Kläger in der Klage die ursprünglichen Beklagten für den ihm durch deren Schäfer angeblich verursachten und zu liquidirenden Schaden in Anspruch genommen hat, und daß dieselben und nicht das intervenientische Metzgerhandwerk hierfür überhaupt, sowie insbesondere nach § 14 der Hammeltrieb-Ordnung S. 64 des Abdruckes aufzukommen haben.

e) Die fünfte Beschwerde ist begründet, indem es genügt, daß Beklagte sowohl die Behütung der Wiesen Gew. 15 Nr. 224 und des Grundstückes Gew. 20 Nr. 28, als die der übrigen in der Klage und deren Nachträgen aufgeführten Liegenschaften in Abrede gestellt haben und die etwaige Unrichtigkeit des dieser Ableugnung zum Grund gelegten Motivs nichts daran zu ändern vermag.

f) Die sechste Beschwerde muß verworfen werden, denn der Schäfer des Klägers oder dessen Pächter ist als solcher nicht befugt, dem Schäfer der Beklagten das Treiben der Schafe auf die der ausschließlichen Hut des Klägers unterworfenen Grundstücke ohne dessen besondere Ermächtigung, welche nicht behauptet worden, zu gestatten. Daher erscheint die Berufung auf die Erlaubniß des klägerischen Schäfers durchaus irrelevant und ebenso die Beifügung der Worte: „was vorkommt“, indem hieraus ein rechtsverbindlicher Gebrauch unmöglich gefolgert werden kann.

g) Was die siebente, achte und neunte Beschwerde anbelangt, welche Beschwerden gegen die in den Entscheidungsgründen zu A d enthaltene Erörterung und die auf solche gestützte Annahme gerichtet sind, daß dem Kläger das ausschließliche Hutrecht an den in der Klage und deren Nachträgen bezeichneten, vorstehend noch nicht zur Sprache gebrachten Grundstücken zustehe, so ist zwar nicht zu verkennen, daß gewichtige Momente für jene Annahme in der Mitte liegen, allein da abgesehen von den übrigen Anfechtungen der Beklagten und Intervenienten schon

1. der Umfang des klägerischen Hutrechtes, insbesondere hinsichtlich des in dem Vertrage vom 11. Sept. 1809 (S. 78 des Abdruckes) unter 1. erwähnten Distriktes von 90 Morgen, welche, wie es dort heißt:

„künftig unbestritten Koppelweide sein und bleiben soll,“

noch nicht gehörig klar gestellt ist, sodann

2. die Beklagten und Intervenienten die in den angezogenen Entscheidungsgründen adoptirte klägerische Deutung der bereits in der Klage S. 2 erwähnten und im verjüngten Maßstabe mit der Replik überreichten Bunsen'schen Karte [9] act. I^{ae} inst., in welcher die Hutgrenze durch Einzeichnung der Absteinung bestimmt sein soll, durch das in der Vernehmlassung [5] act. I^{ae} inst., S. 9 Angeführte in Zweifel gesetzt und insbesondere unter Angabe verschiedener spezieller Punkte die Richtigkeit jener Karte in der Duplik [13] S. 7 angefochten und überdies die Recognition dieser nur in Copie vorgelegten Karte verweigert haben, und

3. Kläger selbst auf S. 74 der Replik [8] die Vorlage der Originalkarte eventuell beantragt, zugleich auf S. 75 sich mit der Requisition der im Stadtarchiv befindlichen Original-Protokolle der Verhandlungen von 1809 einverstanden erklärt, ja solche für den nach S. 53 der Duplik eingetretenen Fall des Einverständnisses der Beklagten und Intervenienten, unter Vorbehalt sich über diese Acten zu erklären ausdrücklich beantragt, hierdurch aber genügend zu erkennen gegeben hat, daß sein anticipirter Beweis annoch einer weiteren Ausführung und Vervollständigung bedürfe;

4) so scheint es mit Rücksicht darauf, daß das Stadtgericht den Beklagten und Intervenienten den in Abschnitt III des angefochtenen Erkenntnisses als erste Alternative normirten Beweis über das vorerwähnte, in S. 9 der Vernehmlassung enthaltene Vorbringen nachgelassen hat, während solcher in den Entscheidungsgründen S. 18 in fine richtig als der des von den Beklagten und Intervenienten angeGegebenen anderen Sachverhaltes bezeichnet worden und daher zum genbeweise gehörig denselben gleich diesem nur vorzubehalten ist, angemessen in Bezug auf das noch streitige, von dem Kläger behauptete ausschließliche Hutrecht, von Seiten des Stadtgerichts das Beweisverfahren einleiten zu lassen und zu diesem Zwecke von hieraus Geeignetes zu verfügen.

h) Die zehnte Beschwerde ist begründet, denn, obgleich die Beklagten und Intervenienten die Anwesenheit des Klägers nicht ausdrücklich behauptet, so haben sie doch deutlich genug solche dadurch unterstellt, daß sie in der Vernehmlassung [5] S. 15 zunächst eine 10jährige (offenbar die Anwesenheit des Klägers voraussetzende) Hut-

ausübung geltend gemacht, sowie denn auch in Betracht kommt, daß Kläger in der Duplik seine Abwesenheit nicht vorgeschützt hat.

i) Die eilfte Beschwerde muß verworfen werden, da, wie auch in der Beweisauflage vorgesehen, die Beklagten und Intervenienten darzuthun haben, daß die Behütung der fraglichen Grundstücke in der Absicht ein ihnen zustehendes Recht auszuüben, von ihrer Seite geschehen sei, hieraus aber schon nothwendiger Weise folgt, daß eine auftraglose Behütung durch den Schäfer der Beklagten nicht genügen könne.

k) Die zwölfte Beschwerde stellt sich nach der bezüglichen Erörterung auf S. 28 und f. der Entscheidungsgründe ebenfalls als unbegründet heraus und das, was Beklagte und Intervenienten zur vermeintlichen Rechtfertigung dieser Beschwerde hinsichtlich des Klägers angeführt haben, erscheint um so hinfälliger, als dieser ein behauptetes ausschließliches Hutrecht nur aus dem Vergleiche vom Jahre 1809 und der darauf erfolgten Abgrenzung und Aussteinung herleitet.

l) Die durch die dreizehnte Beschwerde angefochtene Nicht-Berücksichtigung der von den Beklagten und Intervenienten eventuell behaupteten erlöschenden Verjährung des der Klage zum Grunde gelegten ausschließlichen Hutrechtes rechtfertigt sich dadurch, daß eine solche Verjährung nur einem etwaigen Mithutberechtigten oder dem Eigenthümer der betreffenden Grundstücke, nicht aber den Beklagten gegenüber, welche das Mithutrecht des Klägers nicht bestritten haben und denen der Beweis der Acquisitiv-Verjährung ihres angeblichen Hutrechtes nachgelassen ist, Platz greifen kann, indem, wenn die Beklagten und Intervenienten den bezüglichen Beweis erbringen, die vorliegende Einrede gegenstandlos erscheinen wird.

m) Die vierzehnte Beschwerde muß nach dem, was in Bezug auf die vierte klägerische Beschwerde angeführt worden, verworfen werden.

Aus den vorstehenden Gründen wird für Recht erkannt:

I. Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 13. December 1861 wird in Abschnitt I, II, III und IV bestätigt, und im Uebrigen wie nachstehend abgeändert:

1. Kläger hat binnen einer vom Stadtgericht vorzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun:

daß die Grundstücke der Frankfurter Gemarkung Gew. 15 Nr. 109, 110, 112, 119, 120, 121, 123, 128, 129, 134, 137, 220, 221, 222, 224 und Gew. 20 Nr. 28 von dem Schäfer der Beklagten behütet worden seien.

2. Kläger hat binnen gleicher Frist rechtsgenügend zu beweisen:

daß ihm das ausschließliche Hutrecht an den Grundstücken der Frankfurter Gemarkung Gew. 15 Nr. 109, 110, 112, 119, 120, 121, 123, 128, 129, 134, 137, 220, 221 und 222 zustehe.

3. Den Beklagten und Intervenienten wird der Gegenbeweis im Allgemeinen und insbesondere der Beweis darüber:

daß die vorhandene, von dem östlichen Ende des Ackers Nr. 92 anfangend, quer durch das Feld nach der Wiese Nr. 226 hinlaufende, ausgesteinte Weidegrenze das Ende der beiden Theilen zustehenden Koppelweide nach der Seite der Stadt hin bezeichne,

vorbehalten, und bleibt es beiden Theilen überlassen, sich alles desjenigen, was sie bereits zu den Stadtgerichtsacten gebracht haben, soweit sie damit auszureichen gedenken, bei ihrer Beweis- bezw. Gegenbeweisführung mitzubedienen.

4. Den Beklagten wird nachgelassen, binnen gleicher Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun:

daß die Hammelmetzger während eines nicht über das Jahr 1812 zurückgehenden 10jährigen Zeitraumes die westlich der vorstehend unter I 1 erwähnten Weidegrenze belegenen Baufelder, in der Absicht ein ihnen dieserhalb zustehendes Recht auszuüben, mit ihren Hämmeln beweidet haben, bezw. durch ihren dazu beauftragten Schäfer haben beweiden lassen.

5. Zu dem vorstehenden Beweissatz bleibt dem Kläger der Beweis seiner Replik:

daß die Behütung der fraglichen Grundstücke von Sei-

ten der Metzger, beziehentlich deren Schäfer heimlich oder nur vergünstigungsweise stattgefunden habe,

vorbehalten.

II. Kläger hat den Beklagten und Intervenienten ein Drittel der denselben in dieser Instanz entstandenen Kosten zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Juni 1863.

Auf Appellation des Klägers und auf Adhäsion der Beklagten und Intervenienten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die zweite Adhäsionsbeschwerde für zulässig, die erste dagegen für unzulässig zu erachten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 24. März 1862, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, dagegen

1. die darin unter I, 2 und 3 für den Kläger, resp. die Beklagten vorgeschriebenen Beweise in Wegfall zu bringen, und

2. der sub 5 dem Kläger vorbehaltene Beweis dahin zu erweitern sei:

daß die Behütung der fraglichen Grundstücke von Seiten der Metzger, beziehentlich deren Schäfer heimlich oder nur vergünstigungsweise, oder doch in bösem Glauben stattgefunden habe.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde, daß die Klage hinsichtlich der streitigen drei Wiesen abgewiesen sei, ist nach der im Wesentlichen erschöpfenden Ausführung des Stadtgerichts eine völlig unbegründete. Der einzige

Einwand, welchen Kläger in gegenwärtiger Instanz noch gegen diese Ausführung erhoben hat, besteht darin, daß das nunmehr in beglaubigter Abschrift beigebrachte Protokoll vom 5. Juli 1809, laut welcher die Deputirten der Ackerbegüterten das Hutrecht der Metzger auf den in der Anlage B zum Hauptvergleiche verzeichneten Wiesen als ein althergebrachtes anerkannt haben, die Clausel enthalte, daß die Deputirten sich die Einholung der Genehmigung ihrer Committenten vorbehalten. Nun sagt der Kläger, zwar enthalte die bei den Archival-Acten befindliche Anlage B, wie sie ursprünglich gelautet, wenn gleich in dunkler und zweideutiger Wortfassung, etwas von erfolgter Genehmigung; allein da diese, namentlich die des damaligen Besitzers des Hellerhofes, Georg von Holzhausen, gleichwohl nicht erfolgt sei, indem vielmehr in dem zwischen diesem von Holzhausen und den Ackerbegüterten am 11. Sept. 1809 geschlossenen Vergleiche § 5 Jenem die Behütung der fraglichen Wiesen überlassen sei, so sei in der publicirten Anlage B zum Hauptvergleiche der erfolgten Genehmigung auch nicht mehr gedacht.

Indessen genügt ein Blick in die fraglichen Urkunden, um diesen Einwand als einen völlig frivolen zu bezeichnen. Denn

1. die von dem Kläger selbst in erster Instanz beigebrachte Abschrift der Anlage B, wie sie ursprünglich gelautet haben soll, enthält, nicht dunkel und zweideutig, sondern ganz klar, daß die laut Protokoll vom 4. Juli 1809 in Ansehung der fraglichen Wiesen zwischen den Deputirten der Ackerbegüterten und Hammelmetzger getroffene Uebereinkunft seitdem von ihren respectiven Committenten genehmigt worden sei.

Und wenn

2. die Ueberschrift der publicirten Anlage B dahin lautet:

„Verzeichniß derjenigen Wiesen, welche künftig die Hammelmetzger in Gemäßheit der ad Protocollum Comissionis vom 5. Juli 1809 unter den Deputirten der Ackerbegüterten und Hammelmetzger genehmigten Uebereinkunft unter dem Namen der sogenannten Martini- und Michaelis-Wiesen .... nach Herkommen zu betreiben haben sollen,"

so ist es, wenn man diese Ueberschrift mit der der Anlage B, wie sie ursprünglich gelautet haben soll, vergleicht, klar, daß hier die Fassung nur etwas ungenau ist, indem es eigentlich hätte heißen müssen „ge-

troffene und genehmigte" Uebereinkunft, daß aber mit dem Worte „genehmigten" die Genehmigung der Committenten hat ausgedrückt werden sollen, zumal ja in dem Hauptvergleich § 4 auf die in der mitpublicirten Anlage B verzeichneten Wiesen als auf solche Bezug nimmt, bei welchen die Metzger im unbestrittenen Herkommen des Triebes sitzen, was unmöglich hätte gesagt werden können, wenn dieses Herkommen von den Ackerbegüterten durch Versagung ihrer Genehmigung des Protokolls vom 5. Juli 1809 nicht anerkannt worden wäre.

Hierzu kommt nun aber noch

3. daß auch in dieser Beilage A zum Hauptvergleiche das Hutrecht der Metzger auf die fraglichen Wiesen unter Bezugnahme auf die Anlage B ausdrücklich anerkannt ist. Zwar behauptet der Kläger, daß das Original dieser Anlage A, wie sie ursprünglich gelautet, jenen Passus nicht enthalte. Dies ist aber völlig irrelevant, indem es sich einfach daraus erklärt, daß zur Zeit der ersten Abfassung dieser Beilage die Bestimmung derjenigen Wiesen, auf welchen herkömmlich den Metzgern das Hutrecht zustand, noch nicht geschehen konnte, da sie erst durch das Protokoll vom 5. Juli 1809 und die demselben entsprechende Anlage B getroffen ward. Uebrigens ergibt das vom Kläger selbst in erster Instanz beigebrachte Rescript der Generalcommission ganz klar, daß die Anlage A am 25. Juli 1809, als der Fürst Primas den Hauptvergleich, dessen integrirenden Theil sie bildet, genehmigte, bereits ebenso lautete, wie sie in dem Abdrucke vorliegt. Denn in diesem Rescripte, welches ohne Zweifel kein anderes ist, als das vom 18. October 1809, in Folge welches das Ackergericht am 10. November die Prüfung der Beilage A. zum Hauptvergleiche erledigte, besagt, daß, da diese Beilage mit dem genehmigten Hauptvergleiche sämmtlichen Interessenten bereits in Abschriften zugestellt worden, eine Abänderung derselben nicht mehr möglich sei, sondern man sich darauf werde beschränken müssen, bei dem schon begonnenen Abdruck das Protokoll über etwaige Berichtigungen der gedachten Beilage ebenfalls abdrucken zu lassen.

Das ist denn auch geschehen. Es findet sich aber in dem Protokolle des Ackergerichtes vom 10. November

Abdruck des Vergleiches S. 80 f.

eine Unrichtigkeit des fraglichen Passus, wie überhaupt materielle Unrichtigkeiten nicht bemerkt, und dem zufolge auch unter der Beilage A die Richtigkeit derselben vom Ackergerichte am 10. November nur mit der Clausel bestätigt, daß die nähere Prüfung des bei den einzelnen hutfreien Grundstücken angeführten Ruthenmaßes dermalen nicht habe stattfinden können.

Abruck S. 44.

Nun beruft sich zwar Kläger

4. darauf, daß wenn auch die Ackerbegüterten das Hutrecht der Metzger auf den fraglichen Wiesen anerkannt hätten, doch G. von Holzhausen dies nicht genehmigt, und daß später die Ackerbegüterten im Separatvergleich vom 11. September 1809, welcher nach § 6 desselben so angesehen werden solle, als wäre er dem Hauptvergleiche eingeschaltet, das Behutungsrecht des Hellerhofes in Betreff der fraglichen Wiesen anerkannt hätten. Allein auf den Mangel der Genehmigung dessen, was die Ackerbegüterten den Metzgern eingeräumt, abseiten seines Vorgängers kann sich der Kläger als angeblich Servitutberechtigter den Beklagten gegenüber nicht berufen. Und was den Separatvergleich vom 11. September betrifft, so kann von einer näheren Erörterung des § 5 desselben füglich abgestanden werden, da derselbe jedenfalls nicht ergibt, daß dem Hellerhofe darin ein ausschließliches Hutrecht an den fraglichen Wiesen eingeräumt sei. Und da in dem Hauptvergleich und der Anlage B zu demselben mindestens auch ein Recht der Metzger auf Koppelhut auf diesen Wiesen eingeräumt ist, so genügt dies, um den Anspruch des Klägers zurückzuweisen, auch ganz abgesehen davon, daß die Anerkennung eines weitergehenden Rechtes der Beklagten, wie schon das Stadtgericht bemerkt hat, in Ermangelung einer darauf gerichteten Widerklage processualisch unstatthaft ist.

Durch diese Ausführung erledigt sich zugleich die fünfte Beschwerde, insofern sie dahin gerichtet ist, daß nicht den Beklagten auch in Betreff der streitigen Wiesen der Beweis der Verjährung auferlegt sei, so nicht minder wie die sechste Beschwerde.

II. Die zweite Beschwerde geht principaliter dahin, daß nicht in Ansehung der Baufelder sofort condemnatorisch, sondern überhaupt noch erst auf Beweis erkannt sei, ist also auch auf Streichung des

den Beklagten über die Bedeutung der abgesteinten Grenze schon vom Stadtgericht nachgelassenen Beweises gerichtet.

Und dieser Beschwerde mußte stattgegeben werden, indem hier das Recht des Klägers aus dem mit den Metzgern am 11. September 1809 abgeschlossenen Vergleich, in Verbindung mit der im Jahre 1812 erfolgten Absteinung der Grenze, mit völliger Liquidität sich ergibt.

Nach dem Inhalt des gedachten Vergleiches war nur darüber Zweifel, ob auf ca. 90 Morgen des Gallenfeldes auf der rechten Seite der Mainzer Chaussee dem Hellerhofe mit den Metzgern Koppelhut oder Letzteren ausschließlich das Weiderecht zustehe. Dieser Streit ward dahin verglichen, daß G. von Holzhausen, als damaliger Besitzer des Hellerhofes, hinsichtlich 50 Morgen an der linken Seite der Chaussee auf die dem Hellerhofe mit den Metzgern unbestritten zustehende Koppelhut zu Gunsten der Letzteren verzichtete, und dagegen diese sich damit einverstanden erklärten, daß die gedachten ca. 90 Morgen künftig unbestrittene Koppelweide sein und bleiben sollen. § 1. Hierdurch war also das Recht der Koppelweide an dem fraglichen Distrikte an sich vergleichsweise anerkannt.

Wenn es nun in § 2 heißt, es solle durch Herrn Bunsen auf beiderseitiges Anmelden und Mitwirken, so bald sich thun lasse, die ganze beiderseitige — der Metzger und des Hellerhofes — Weidebefugniß auf dem großen Gallenfeld schicklich und dergestalt zur Hälfte geschieden und abgesteint werden, daß künftig jeder Theil seinen Distriktsantheil innerhalb seiner Grenze allein und ohne Betheiligung des andern für sich beweiden dürfe und solle, so stellt sich diese Bestimmung ganz klar als ein Vorbehalten über künftige Art der Ausübung des Rechtes dar, der jedenfalls diese 90 Morgen mit umfaßt, nämlich dahin: dasjenige Gelände, auf dem die Koppelhut anerkannt worden, demnächst geographisch zu theilen. Ist also dieser Vorbehalt zur Ausführung gekommen, so ist das Recht des Hellerhofes, seinen Antheil ausschließlich zu beweiden, klar.

Nun berufen sich zwar die Beklagten auf den Inhalt des Ackergerichts-Protokolls vom 10. November 1809. Allein dieser spricht, wenn man die Art erwägt, wie die Absteinung demgemäß erfolgt ist, gerade gegen sie. Dem Ackergerichte war nämlich durch das darin

erwähnte Rescript der General-Commission vom 18. October unter Anderem auch die Prüfung des zwischen den Ackerbegüterten und dem Besitzer des Hellerhofes am 11. September abgeschlossenen Nebenvergleichs aufgetragen worden. Wenn es nun in diesem Protokolle des Ackergerichts, welchem auch der Vergleich zwischen von Holzhausen und den Metzgern mitgetheilt war, heißt, es sei jener Nebenvergleich zur höheren Bestätigung geeignet befunden, nur daß annoch der Koppelweide-Distrikt durch Verzeichnung der darin gelegenen Ländereien nach den Lagerbuchs-Nummern und dem Gehalt festgesetzt, überdies die Abtheilung der gedachten Koppelweide zwischen dem Metzgerhandwerk und dem Besitzer des Hellerhofes eingeleitet, im Zwiefachen Fall, des fortbestehenden compascui oder der Abtheilung aber, den Interessenten die Aussteinung der Weidegrenze bei dem Ackergerichte nachzusuchen auferlegt werden möge, so ist klar, daß hier der doppelte Fall berücksichtigt ist, daß die Metzger und von Holzhausen entweder die Koppelhut auf den 90 Morgen beibehalten, oder diesen Distrikt theilen wollten.

In dem einen oder anderen Falle war nämlich eine Aussteinung, aber eine ganz verschiedene, erforderlich. Sollte die Koppelhut beibehalten werden, so bedurfte es einer Umsteinung des Distrikts, da die Beklagten selbst bemerken, daß nicht feststehe, welche Felder die 90 Morgen begreifen; sollte sie aufgegeben werden, einer Theilung durch Absteinung. Nun ist aber und zwar in Folge der in dem Rescript der General-Commission vom 22. November 1812 dem von Holzhausen und den Metzgergeschwornen gemachten Auflage

Abdruck S. 84

eine Absteinung der Weidegrenze im Jahre 1812 wirklich zu Stande gekommen und darüber eine Karte aufgenommen worden, von welcher jeder Theil, der Hellerhof und das Metzgerhandwerk, ein Exemplar erhalten haben, wie Letzteres hat einräumen müssen. Auf den gesetzten eilf Grenzsteinen findet sich denn auch, wie die Beklagten ebenfalls nicht bestritten haben, auf der Seite nach dem Hellerhof die Bezeichnung H. H., auf der Stadtseite M. H. und darunter Metzgergrenze 1812. Hiernach kann die Bedeutung der abgesteinten Grenze, wie sie der Klage zum Grunde gelegt ist, keinem Zweifel unterliegen. Hätte sie die Bedeutung, welche die Beklagten ihr geben, so hätte sie

in Beziehung auf die streitig gewesenen 90 Morgen eigentlich gar keine, weil es dann immer noch ungewiß wäre, welche Felder unter diesen 90 Morgen begriffen seien.

Dies scheinen die Beklagten denn auch anerkannt zu haben, und haben daher duplicando nur den Einwand festgehalten, die ganze Absteinung sei nur ein Projekt geblieben und die darüber aufgenommene Karte habe deshalb keine Bedeutung, weil sie vom Metzgerhandwerk nicht unterschrieben, vom Ackergericht nicht genehmigt sei. Allein abgesehen davon, daß sich die wirkliche Setzung von Grenzsteinen, mit den obgedachten Bezeichnungen, die seit dem Jahre 1812 stehen geblieben sind, unmöglich als ein bloßes Project auffassen lassen kann, ist gegen diesen ganzen Einwand entscheidend der amtliche Vermerk des mit dieser ganzen Angelegenheit nach dem Vergleich betraut gewesenen Münzraths und Geometers Bunsen auf der von ihm angefertigten Karte. Es müssen nämlich

1. die Beklagten als geständig angenommen werden, daß dieser Vermerk auf der Original-Karte ebenso lautet, wie auf der vom Kläger beigebrachten Copie. Denn sie haben in ihrer Vernehmlassung eingeräumt ein Original dieser Karte zu besitzen.

Da nun der Kläger, indem er mit seiner Replik eine Copie der Karte beibrachte, den darauf stehenden Vermerk ganz ausdrücklich als entscheidend geltend machte, so waren die Beklagten nach Art. 34 der Prozeßordnung und § 37 des J. R. A. schuldig, bei Vermeidung des Eingeständnisses, sich über jenen Vermerk zu erklären und anzugeben, daß und wie er auf dem in ihrem Besitz befindlichen Original anders laute, als auf der Copie. Dies haben sie aber unterlassen. Sie haben sich nämlich in ihrer Duplik unzulässiger Weise darauf beschränkt, zu erklären, daß sie die beigebrachte Karte, weil nicht Original, nicht recognosciren könnten und doch zugleich einzelne ganz unwesentliche Ungenauigkeiten in der Karte selbst gerügt, dagegen weder bei dieser Gelegenheit die Richtigkeit des auf der Karte ersichtlichen Vermerks bestritten, noch auch in dem Theile der Schrift, wo sie, wie sie selbst sagen, um dem Art. 34 der Prozeßordnung zu genügen, auf alle Punkte der Replik speziell eingehen zu wollen erklären — S. 53 ff., den in der Replik selbst angegebenen wesentlichen Inhalt des Vermerks nirgends in Abrede gestellt, ja in zweiter Instanz

denselben, wie er auf der Copie steht, in einem wesentlichen Punkte selbst ihrerseits gegen das Stadtgericht geltend gemacht.

Somit stellt sich dadurch nicht nur der Einwand der Beklagten, daß die Karte nichts gegen sie beweise und daß die ganze Absteinung nur ein Project gewesen sei, als völlig unbegründet dar, sondern es ist dann dieser Vermerk auch für die ganze Streitfrage sehr entscheidend. Denn er lautet dahin:

„Geometrischer Grundriß über denjenigen Theil des Galchernfeldes rechter Hand der Mainzer Chaussee, auf welchem vormals Koppelhut bestanden, nach dem, dem Hauptvergleich (wegen Brachaufhebung) angeschlossenen Vertrag zwischen Herrn von Holzhausen und dem Metzgerhandwerk d. d. 11. September 1809 aber dem Unterzeichneten zu scheiden aufgetragen worden, welches so wie die rothe Linie mit angemerkten Grenzsteinen ausweist, geschehen, und am 12. November 1812 durch die Ackergerichts-Geschworenen in Gegenwart der Deputirten des Metzgerhandwerks, Herrn Municipalraths Winter und Herrn Hacks, sowie der hierzu Bevollmächtigten des Herrn von Holzhausen, des Hellerhofs-Beständers Herrn Schodt, mit eilf Grenzsteinen in meinem Beisein ist ausgesteint worden."

Da nun auch die Beklagten gar nicht bestreiten, vielmehr ausdrücklich zugeben, daß diejenigen in der Klage bezeichneten Felder, auf denen sie das Hutrecht in Anspruch nehmen, auf der Hellerhofseite der abgesteinten Grenze liegen, so bedarf es, um die sich auf öffentliche Urkunden, namentlich auf die im eigenen Archiv der Beklagten befindliche Karte stützende Klage zu Liquidät zu bringen, weder der Vorlage der Original-Karten noch auch der Augenscheins-Einnahme. Noch weniger aber können die Beklagten zu dem ihnen vom Stadtgerichte nachgelassenen Beweis ihrer Behauptung des anderen Sachverhalts zugelassen werden, sondern es war, was das Recht des Klägers auf ausschließliche Behütung der streitigen Felder betrifft, dieses, abgesehen von der Einrede der Verjährung, ohne Weiteres anzuerkennen, wodurch sich denn sowohl der eventuelle Theil der zweiten Beschwerde als auch die dritte erledigen.

III. Die vierte Beschwerde des Klägers betrifft den, den Beklagten nachgelassenen Beweis der Verjährung.

Diese Beschwerde ist nicht, wie in zweiter Instanz geschehen, zunächst auf Abschneidung des ganzen Beweises aus den dafür geltend gemachten, übrigens vom Stadtgerichte bereits als völlig unzutreffend mit Recht bezeichneten Gründen, sondern nur auf Schärfung des Beweises gerichtet. Indessen ist es schon deshalb nicht nöthig, alle im Grav. 4 enthaltenen, als höchst frivol zu bezeichnenden Anträge einer Erörterung zu unterziehen, weil prozessualisch nur solche zu berücksichtigen sind, auf welche sich der Kläger in voriger Instanz beschränkt hat, nicht aber die darüber hinausgehenden. In voriger Instanz hat sich aber der Kläger nur darüber beschwert,

1. daß nicht der Beweis, statt blos auf den animus der Rechtsausübung, vielmehr auch auf eine den Ausdruck dieser angeblichen Absicht enthaltende Ausübung gerichtet;
2. daß derselbe auf 20 und nicht mindestens auf 30 Jahre erstreckt worden;
3. daß nicht jedenfalls der Beweis der jenseitigen mala fides oder culpa lata dem Kläger namentlich nachgelassen sei.

Zwar hat der Kläger in der Ausführung dieser Beschwerden in voriger Instanz ad Grav. 1 gemeint, es sei auch noch theils der Beweis nöthig, daß die Hammelmetzger vom Metzger-Amt mit der Ueberhutung auf die streitigen Felder beauftragt worden seien, theils der Beweis der scientia der Inhaber des Schäfereirechts und der zu belastenden Grundstücke.

Allein da eine Rechtfertigung der Beschwerden in zweiter Instanz gesetzlich untersagt ist, kann nur auf die wirklich aufgestellten Beschwerden Rücksicht genommen werden und bedürfen daher diese beiden, überdies aber auch völlig grundlosen Behauptungen keiner eingehenden Widerlegung.

Was jene aber wirklich aufgestellten und allein noch zulässigen Beschwerden betrifft, so waren die beiden ersten zwar ebenfalls als unbegründet zu verwerfen, der dritten dagegen stattzugeben. Denn ad 1, indem den Beklagten auferlegt ist, zu beweisen, daß die Hammelmetzger während des (näher angegebenen) Zeitraums die fraglichen Baufelder, in der Absicht ein ihnen dieserhalb zustehendes Recht aus-

zuüben, mit ihren Hämmeln beweidet haben, beziehungsweise durch ihren dazu beauftragten Schäfer haben beweiden lassen, und dem Kläger dagegen der Beweis der vitiosen Besitzausübung nachgelassen ist, ist den Erfordernissen der Servituten-Ersitzung vollständig Genüge geschehen. Der Kläger verwechselt bei seinem Antrage, wie durchgehends, den vorliegenden Fall, wo es sich von Erwerbung des Rechts der Koppelhut durch Ersitzung handelt, mit dem, einer ganz verschiedenen Beurtheilung unterliegenden Falle, wo es sich fragt, was erfordert werde, um durch Verjährung den Eigenthümer des praedium serviens von der Mithut auszuschließen, wo sie ihm de jure zusteht. Auf einen solchen Fall bezieht sich die in dieser Instanz angeführte Entscheidung des Münchener Ober-Appellations-Gerichts.

Seuffert's Archiv I. Nr. 407.

Die dort und in den daselbst angeführten Schriftstellern entwickelten Grundsätze leiden aber auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung.

ad 2. Anlangend die Verjährungszeit, so wird vom Kläger dem Grunde, aus welchem das Appellationsgericht das erste Erkenntniß dahin abgeändert hat, daß es nur auf 10 Jahre ankomme, weil nämlich die Beklagten zunächst eine zehnjährige Ersitzung geltend gemacht haben, und der Kläger nirgends sich auf eine feinseitige absentia berufen habe, in dieser Instanz durchaus nicht widersprochen, sondern lediglich der früheren Behauptungen inhärirt, daß deshalb mindestens eine 30jährige Ersitzungszeit erforderlich sei, weil

a) der Hellerhof ein Fideicommiß und weil
b) es sich hier gar nicht von einer servitus rustica, sondern höchstens von einer Art usus fructus oder realartigen Rechts handele.

Der Grund ad a bedarf nun aber keiner Widerlegung, und was den sub b betrifft, so ist auch dieser ein unzutreffender. Einerseits nämlich läßt es sich nicht füglich bestreiten, daß in Deutschland Grunddienstbarkeiten in anerkannter Gültigkeit bestehen, wenn gleich sie auch nicht zu Gunsten eines herrschenden Grundstückes, sondern namentlich einer Gemeinde oder einer Innung eingeräumt oder erworben sind.

Mittermaier, Deutsches Privatrecht § 166 sub I.
Bluntschli, Deutsches Privatrecht § 86 sub II.
Seuffert, Archiv VIII. Nr. 113.

Andererseits aber kommt in Betracht, daß wenn man solche Dienstbarkeiten auch als persönliche, also die vorliegende als Usufruct auffassen will, doch auch diese, wenn sie einer juristischen Person zustehen, von der Zeitbeschränkung in ihrer Dauer, welcher sie nach Römischem Rechte unterworfen waren,

l. 56 D. de usufructu

durch die deutsche Rechtsbildung als entbunden erscheinen.

Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts § 215, Not. 8.

Man mag nun aber der einen oder der anderen Auffassung beipflichten, jedenfalls unterliegt es keinem Bedenken, daß bei der vorliegenden Dienstbarkeit die gemeinrechtlichen Fristen der Servituten-Ersitzung von 10 resp. 20 Jahren eintreten.

ad 3. Anlangend dagegen das Verlangen, daß dem Kläger speziell der Beweis der mala fides der Beklagten nachzulassen sei, so ist es bekanntlich sehr streitig, ob bei der Servituten-Ersitzung nach Römischem Rechte bona fides erforderlich sei, und nicht eine justa possessio genüge, welches letztere gegen die abweichende Ansicht unter anderen Unterholzner's und Mühlenbruch's von

Puchta, Lehrb. § 188, Note m; Vorlesungen I. S. 366

behauptet wird, und ebenso von

Vangerow, Lehrb. § 331, S. 871 ff.

Dagegen ist es, wenngleich neuerdings von einzelnen Rechtslehren bestritten:

Puchta, a. a. O.
Brinz, Lehrb. der Pandecten S. 275.

anzuerkennen, daß nach dem bekannten C. 20 X. de praescriptione auch zur Servituten-Ersitzung der Mangel der mala fides erforderlich sei, indem namentlich derjenige Schriftsteller, auf welchen das Stadtgericht für das Gegentheil sich beruft, die richtige Meinung als die von ihm gebilligte communis opinio hinstellt,

Vangerow, Lehrb. § 351, S. 873,

und auch das Ober-Appellations-Gericht in dem Präjudicat

Söldner ca. Hitzel von 1855,

welches das Stadtgericht in Bezug nimmt, sich über diese Frage gar nicht ausgesprochen, dagegen in einem früheren Fall die Abwesenheit der mala fides für die Servituten-Ersitzung allerdings als nothwendig anerkannt hat.

Bremische Sammlung I. S. 532.

Allein auch damals ist das Ober-Appellationsgericht der richtigen Ansicht gefolgt, daß, wenn nur die Besitzeshandlungen des Verjährenden überhaupt den Character der Redlichkeit an sich tragen, die bona fides nicht von ihm, sondern deren Gegentheil von der anderen Seite zu erweisen sei. Dieser Beweis war daher auch im vorliegenden Falle dem Kläger nicht abzuschneiden, und daher der unter 5 des angefochtenen Erkenntnisses normirte Beweissatz dem entsprechend, so wie im gegenwärtigen Urtheil geschehen, zu erweitern.

IV. Die siebente Beschwerde, welche dahin geht, daß die vom Kläger behauptete Behütung der Wiesen und Baufelder noch von ihm bewiesen werden solle, eine Beschwerde, welche er hinsichtlich der in Grav. 8 und 9 hervorgehobenen Grundstücke später zurückgenommen hat, war als offenbar unbegründet zu verwerfen. Handelt es sich hier nur um die Entscheidung über das Recht des Klägers, den Beklagten die Behütung der auf der Hellerhofseite abgesteinten Grenze zu verwehren, so bedürfte, wie der Kläger mit Recht bemerkt, es des fraglichen Beweises nicht. Allein der Kläger fordert ja auch Schadenersatz für die geschehene Behütung der fraglichen Grundstücke durch die Beklagten, und da diese das Factum geleugnet haben, und, wie das Appellationsgericht mit Recht angenommen hat, auch füglich leugnen durften, so ist die Beweisauflage gerechtfertigt.

Hieran knüpft sich

V. die zweite Beschwerde der Beklagten, welche formell zuläßig ist, und auch dadurch, daß der Kläger auf sein Grav. 8 und 9 verzichtet hat, nicht hinfällig wird.

Wenn diese Beschwerde zunächst

1. bezielt, daß dem Kläger auch der Beweis auferlegt werde, die Behütung der in Grav. 8 und 9 bezeichneten beiden Ackerstücke sei ohne Einwilligung seines, des Klägers, Schäfers geschehen, so bedarf dies Verlangen keiner Widerlegung. Allein auch

2. insofern die Beschwerde eventualiter verlangt, daß den Beklagten der Beweis einer Behütung mit Consens des klägerischen Schäfers nachgelassen werde, war derselben nicht stattzugeben und zwar aus den völlig zutreffenden Gründen des Stadtgerichts.

Es erübrigt daher, soviel die Hauptsache betrifft, nur noch

VI. die erste Adhäsionsbeschwerde, daß die ursprünglich beklagten vier Hammelmetzger nicht ex lite dimittirt seien. Diese Beschwerde ist aber offenbar unzulässig, weil gegen keinen von dem Kläger angegriffenen Theil des vorigen Erkenntnisses gerichtet, und es bedarf daher keines Nachweises ihrer materiellen Verwerflichheit.

Was die Nebenpunkte betrifft, so ergibt sich die Grundlosigkeit der zehnten Appellations-Beschwerde, daß nicht Beklagte in die Kosten der beiden vorderen Instanzen verurtheilt worden seien, aus der bisherigen Ausführung ebenso sehr von selbst, wie die Nothwendigkeit, die Kosten dieser Instanz zu compensiren.

337.

Salomon Steger und Ehefrau, Kläger, gegen **Abraham Georg Sarasin,** Beklagten, Bauverbot und Errichtung eines bedeckten Ganges betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 12. October 1860.

In Erwägung, daß

1. die von den Klägern, als Eigenthümern des Hauses Lit. B Nr. XVII^c in der Seilerstraße, gegen den Beklagten, als den Eigenthümer des Hauses Lit. B Nr. XVII^b daselbst, erhobene Klage, bei nicht zu unterlassender Berücksichtigung des in der Klage ausdrücklich angezogenen, die fragliche Berechtigung als reales Recht constituirenden § VII des Vertrages, nicht als eine blos persönliche Contractklage und die in der Replik enthaltene Ausführung, wonach die Klage die Wahrung einer der ersteren Behausung auf der letzteren zustehenden Servitut bezweckt, nicht als unstatthafte Klagänderung, sondern als eine zulässige Klagerläuterung anzusehen ist; es hiernach in gegenwärtigen Verhandlungen nicht in Betracht kommen könnte, wenn dem Beklagten von den Verkäufern seines Hauses die betreffende, auf demselben ruhende Verpflichtung verschwiegen worden wäre, daher auch die aus fraglichem Kaufvertrage entnommenen beklagtischen Einwendungen außer Berücksichtigung zu bleiben haben, während selbstverständlich die dem Beklagten aus demselben seinen Mitpaciscenten gegenüber etwa erwachsenden Ansprüche hierdurch nicht berührt werden;

2. nach dem Abschnitt b im § VII des von den Klägern mit den früheren Eigenthümern des beklagtischen Hauses abgeschlossenen Vertrages, welcher die alleinige Grundlage der erhobenen Klage bildet,

dem Hause der Kläger, gegenüber dem Hause des Beklagten, die Berechtigung ertheilt wurde, daß des letzteren Vorgarten, sowohl nach der Seilerstraße als auch nach der gemeinschaftlichen Straße hin, nicht weiter bebaut werde, als gegenwärtig die Häusertiefe besteht; auch nach dem ganzen Acteninhalt unzweifelhaft angenommen werden muß, daß die Tiefe des beklagtischen Hauses seitdem unverändert geblieben ist;

3. die Klage daher offenbar mindestens theilweise der Begründung entbehrt, indem sie das Verbot, resp. die Entfernung des in Frage stehenden, in dem Protokolle vom 14. August d. J. näher beschriebenen ganzen Säulenganges verlangt und nicht blos insoweit, als derselbe die Haustiefe überschreitet, weßhalb bezüglich des von der weder nach der Seilerstraße noch nach der gemeinschaftlichen Straße zu liegenden Hausthüre an bis zur Baulinie des Hauses laufenden Theiles des Säulenganges jedenfalls eine Klagabweisung zu erfolgen hätte, indem es

4. als verspätet erscheint, wenn sich Kläger in der Gegenerklärung zur Begründung ihrer ohne Rücksicht auf einen etwa einzuhaltenden Wich angestellten Klage auf die den Wich betreffenden Bestimmungen des Gesetzes vom 1. April 1851 berufen, zudem aber auch dieses nur auf die Gemarkungen von Frankfurt und Sachsenhausen Bezug habende Gesetz in dem vorliegenden Falle, wo es sich um innerhalb der Stadt gelegene Grundstücke handelt, ganz außer Berücksichtigung bleiben müßte,

5. wegen der in den Acten zur Sprache gebrachten Laube und Gebüsche es an einem Antrag gebricht, daher es

6. bezüglich des noch allein in Betracht kommenden Theiles des Säulenganges, welcher von der Baulinie des Hauses nach der in die gemeinschaftliche Straße mündenden Gartenthüre führt, bei der Unzweideutigkeit der oben unter 2 erwähnten Vertragsbestimmung

L. 25. § 1 de leg. III. 32.

nur lediglich eine Beurtheilung darüber bedarf, ob die von dem Beklagten getroffene Einrichtung nach der üblichen Ausdrucksweise unter den Begriff eines Baues gehöre, und eine weitergehende Servitutberechtigung der Kläger um so weniger angenommen werden könnte, als Rechtsbeschränkungen überhaupt und insbesondere auch Servituten nicht ausdehnend zu interpretiren sind,

L. 99 pr. Dig. de V. B. lib. 45 tit. 1.
L. 9 Dig. de Reg. jur. Lib. 50 tit. 17.
Bender, Handbuch des Fr. Pr. R. S. 230.

es 7. nun zwar einer Widerlegung nicht bedarf, wenn Beklagter daraus, daß er die nach § 1 Cap. 1 des Baustatutes bei Neubauten erforderliche bauamtliche Genehmigung bei dem fraglichen Säulengange nicht nachgesucht habe, folgern will, derselbe könne für einen Bau nicht erachtet werden; doch

8. darüber kein Zweifel besteht, daß sowohl nach der technischen, als auch in der Gesetzgebung adoptirten Ausdrucksweise nicht alle auf einer Liegenschaft errichteten Werke unter den Begriff eines Baues fallen, wie ja gerade der von den Klägern angezogene § 2 des Gesetzes vom 1. April 1851 sub 1 und 3 durchsichtige Lauben ausdrücklich von Gebäuden unterscheidet; wenn aber

9. die üblichen durchsichtigen Lauben und Laubgänge, abgesehen von deren Anpflanzungen, in der Regel bei weitem dichter sind, als der hier in Frage stehende ganz offene Gang, der letztere ebensowenig wie die ersteren für einen Bau zu erkennen ist, wozu noch kommt, daß derselbe, ohne die Aussicht zu versperren, durch seine leichte Zierlichkeit den Blick auf den Vorgarten nur um so freundlicher macht und daher dem Nachbar eine gegründete Ursache zur Beschwerde nicht gewähren kann,

10. die Bauqualität des Ganges auch nicht daraus entnommen werden könnte, daß die 5/4zölligen Säulen auf die Erde nicht überragenden Steinen ruhen, da derselbe nur insoweit, als er sich über der Erde befindet und ein offener ist, nach der einschlägigen Vertragsbestimmung zu beurtheilen steht, aus diesen Gründen

I. werden die Kläger unter Verurtheilung zum Ersatz der dem Beklagten entstandenen Kosten mit der erhobenen Klage abgewiesen.

II. Wird das am 18. Januar d. J. erkannte Bauverbot nunmehr definitiv wieder aufgehoben und werden

III. Kläger für schuldig erkannt, die dem Beklagten durch das Bauverbot veranlaßten Schäden vorgängiger Liquidation zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 15. Februar 1861.

Auf Appellation der Kläger.

In Erwägung, daß

1. nach der in dem ersten und zweiten Entscheidungsgrunde des stadtgerichtlichen Erkenntnisses enthaltenen Erörterungen für das Haus der Kläger in Folge § VIII[b] des Kaufvertrages die Berechtigung vorhanden ist, daß der Vorgarten des Hauses des Beklagten, sowohl nach der Seilerstraße als nach der gemeinschaftlichen Straße hin, nicht weiter bebaut werde, als die Häusertiefe besteht,

daß

2. Beklagter einen von der Hausthüre bis zum Gartenausgang führenden, mit Glasbedeckung versehenen, in dem Protokoll vom 14. August 1860 näher beschriebenen Säulengang errichtet hat,

daß

3. hiernach und nach dem beklagterseits nicht beanstandeten Risse dieser Säulengang auf einem Theile der Grundfläche des nicht zu bebauenden Vorgartens angebracht ist,

daß

4. mithin in dem vorliegenden Falle es sich davon handelt, ob durch die Errichtung des mehrgedachten Säulenganges der Vorgarten des Beklagten als bebaut anzusehen ist,

daß

5. die fragliche Servitut offenbar bezweckt, daß dem benachbarten Hause und Vorgarten der Kläger nach der bezeichneten Richtung hin nicht nur, wie Beklagter selbst in der Vernehmlassung zugesteht, Luft, Licht und Sonne entzogen, sondern auch in dieser Beziehung, sowie in der auf die Aussicht, keine störende Veränderung des Zustandes zur Zeit der Begründung der Servitut vorgenommen werde,

daß

6. sonach das in dem angezogenen Kaufvertrage enthaltene Wort: „bebauen" nicht in dem beschränkten Sinne von Errichtung eines oder mehrerer Gebäude zu verstehen ist, zumal auch das Baustatut andere Vorrichtungen, namentlich im Kapitel 6 § 1, in Kap. 13 § 1 und f. in seinen Bereich gezogen hat,

daß

7. die im zehnten Entscheidungsgrunde des angefochtenen Erkenntnisses enthaltene, ohnehin möglicherweise in Zweifel zu ziehende günstige Beurtheilung des mehrerwähnten Säulenganges in ästhetischer Hinsicht hier nicht releviren kann, indem, worauf es rechtlich allein ankommt, keineswegs zu verkennen ist, daß dieser Säulengang dem Hause und Vorgarten der Kläger Luft, Sonne, Licht und Aussicht nicht in dem früher bestandenen Maße beläßt,

daß

8. auch die Anlage, welche die Kläger nach der Behauptung des Beklagten in dem Vorgarten ihres Hauses gemacht haben sollen, keinen Grund zur Rechtfertigung der servitutwidrigen Vornahme des Beklagten abzugeben vermögen, sondern ihn nur veranlassen können, ebenfalls den richterlichen Schutz in Anspruch zu nehmen, falls solche wirklich der Berechtigung seines Hauses widerstreiten würden,

daß

9. was die hiernach dem Beklagten obliegende Herstellung des früheren Zustandes betrifft, diese sich auf die den Klägern zugefügte Verletzung beschränken muß,

und daß

10. daher der errichtete Säulengang nur bis zur Baulinie des Hauses des Beklagten von dem Gartenausgange an zu beseitigen ist, indem es in dieser Hinsicht vollkommen gleichgültig erscheint, ob Beklagter an der Beibehaltung des übrigen Theiles ein Interesse habe oder nicht, und es etwa vorziehen werde, auch diesen Theil wegzuschaffen,

wird unter Aufhebung des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom October 1860 für Recht erkannt:

A. Der Beklagte ist

a) schuldig, binnen einer von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist den in seinem Vorgarten errichteten Säulengang vom Gartenausgange an bis zur Baulinie seines Hauses zu entfernen, bei Vermeidung, daß die Wegschaffung auf seine Kosten verfügt werde; auch hat derselbe

b) drei Viertheil der Kosten erster Instanz den Klägern zu ersetzen.

B. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt und sind den Appellanten die Stempelgebühren für dieses Erkenntniß und das heutige Protokoll von dem Appellaten zur Hälfte zu vergüten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Juni 1863.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellations-Gerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. Februar 1861 aufzuheben und dasjenige des Stadtgerichts vom 12. October 1860 unter Vergleichung der Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz wieder herzustellen sei.

Entscheidungsgründe.

Durch die Bestimmung in § VII sub b des Vertrages vom 30. Juni 1855 haben die Verkäufer des Grundstückes Lit. B Nr. XVII^c den Käufern desselben und deren Rechtsnachfolger gegenüber, als eine von den betreffenden Immobilien zu leistende Verpflichtung übernommen:

„daß die Vorgärten der Häuser Lit. B Nr. XVII, XVII^a, XVII^b und XVII^c, sowohl nach der Seilerstraße als auch nach der gemeinschaftlichen Straße (Lit. B Nr. XVII^f) hin, nicht weiter bebaut werden, als gegenwärtig die Häusertiefe besteht.“

Die Immobilien, für welche diese Verpflichtung übernommen wurde, fanden sich zur Zeit des Vertrages noch im Eigenthum der Verkäufer: es kann daher nicht bezweifelt werden, daß durch jene Stipulation eine Servitut begründet worden, bei welcher das nunmehr den Klägern gehörende Grundstück Lit. B Nr. XVII^c das praedium dominans, das in das Eigenthum des Beklagten übergegangene Grundstück Lit. B Nr. XVII^b neben anderen, gegenwärtig nicht in Betracht kommenden, das praedium serviens bildet; und fragt es sich nur, ob durch den in dem Vorgarten des letzteren nach der gemeinschaft-

lichen Straße hin errichteten, aus den Stadtgerichts-Acten ersichtlichen und daselbst näher beschriebenen „Säulengang," von welchem in gegenwärtiger Instanz eine beiderseits anerkannte photographische Abbildung beigebracht worden ist, jener Servitut zuwider gehandelt sei.

Nun kann freilich nicht verkannt werden, daß der bei Bestellung der Servitut gebrauchte Ausdruck „bebauen" von so allgemeiner und umfassenden Bedeutung ist, daß er auf eine Anlage der in Rede stehenden Art: eine von der Hausthüre bis zum Ausgange des Gartens nach der gemeinschaftlichen Straße hin führende, mit einem Glasdache überdeckte doppelte Reihe gußeiserner Säulen von 5/4 Zoll Dicke, an und für sich Anwendung erleidet. — Andererseits aber hat jede Realservitut den Sinn, daß durch dieselbe dem herrschenden Grundstücke selbst ein Nutzen oder eine Annehmlichkeit dauernd gewährt, oder bei negativen Servituten, wie hier, ein Nutzen oder eine Annehmlichkeit dauernd nicht entzogen werden soll; und führt dies von selbst darauf, daß ein Servituteninhalt nicht durchaus blos wörtlich verstanden, behandelt und ausgeübt werden darf, vielmehr in jedem einzelnen Falle die Frage gestellt werden muß, ob durch das dem Wortlaute nach verbotswidrig erscheinende Unternehmen auf dem praedium serviens auch wirklich dem praedium dominans der beabsichtigte Nutzen oder Annehmlichkeit entzogen oder geschmälert wird.

cf. z. B. L. 17 D. de S. P. U. (8. 2.)

Erwägt man nun, daß in dem die fragliche Servitut bestellenden Contracte die betreffenden Areale fast regelmäßig „Gartengrundstücke" genannt werden und als deren Zubehör die Häuser, nicht aber umgekehrt die Vorgärten nur als Zubehör der Häuser behandelt sind (§§ 1, 5, 8) und verbindet man damit einerseits den Umstand, daß in der obenerwähnten Stipulation

verb. „nicht weiter bebaut werden, als gegenwärtig die Häuserreihe besteht"

des Bebauens der Gartengrundstücke in Verbindung mit den darauf bereits stehenden Häusern Erwähnung geschieht, sowie andererseits die in Betreff des damals noch unbebauten Grundstücks Lit. B Nr. XVII[a] getroffene, unmittelbar an jene sich anschließende Stipulation sub c des § VII:

daß alle Gebäulichkeiten, welche etwa auf dem Grundstücke Lit. B Nr. XVII[a] aufgeführt werden, mindestens 10 Schuh

von diesseitiger Grenze zurückzuweichen und mit dem auf dem hier verkauften Grundstücke stehenden Wohnhause gleiche Linien nach Vornen einzuhalten haben"

so ergibt sich, worauf es bei Bestellung der fraglichen Servitut den Contrahenten und insbesondere den Vertretern des herrschenden Grundstücks eigentlich ankam, mit hinreichender Deutlichkeit, die zu beiden Seiten der gemeinschaftlichen Straße angelegten oder anzulegenden Häuser sollten so wenig selbst, resp. durch Vorbauten näher an die Straße gerückt werden, als innerhalb der einmal festgestellten Frontenflucht ein Continuum von Gebäulichkeiten bilden, vielmehr von Gärten umgeben und durch einen Vorgarten von jener Straße getrennt bleiben, und solchergestalt der Umgebung des klägerischen Grundstücks ein im Wesentlichen gartenartiger Character, und damit zugleich diesem Grundstücke selbst der Zutritt von Luft, Licht und Sonne und freie Um- und Aussicht in dem Maße, wie es eine solche Umgebung ihrer Natur nach mit sich bringt, dauernd gesichert sein.

Hält man dies fest, so kann nicht ohne Weiteres alle und jede Baulichkeit auf den in der fraglichen Stipulation als nicht zu bebauen bezeichneten Räumen für verboten gehalten werden; sondern es kommt darauf an, ob sie ihrer concreten Beschaffenheit nach mit dem gedachten eigentlichen Zwecke der Servitut-Bestellung in Widerspruch tritt.

Was nun zunächst den allgemeinen Character der streitigen Anlage betrifft, so ist diese weder für ein „Gebäude" im engeren Sinne zu erachten, noch kann gesagt werden, daß durch dieselbe — mag man nun auf ihren Zweck, oder auf ihre äußere Gestalt und Form sehen — der betreffende Theil des Grundstücks aufhöre Garten zu sein, wie es denn insbesondere als zutreffend nicht anerkannt werden kann, wenn Kläger vermeinen, der fragliche Säulengang stelle sich, indem er von der Hausthüre bis zum Garteneingange gehe, als eine Fortsetzung des Hauses dar, dessen Eingang dadurch an die Straße verlegt werde.

Ohne Zweifel ist nun freilich, wie bereits bemerkt, bei der fraglichen Stipulation auch das intentionirt, daß durch Baulichkeiten auf den dienenden Grundstücken dem klägerischen Garten und darauf stehenden Hause in Beziehung auf freien Zugang von Luft, Licht und Sonne, sowie freien Aus-, Durch- und Umblick kein Eintrag ge-

schehen solle; und Kläger würden einen jeden „Bau", der hiegegen verstieße, auch wenn er an sich mit dem Gartencharacter der Umgebung nicht im Widerspruche stände, zu verbieten berechtigt sein. Von einer Entziehung oder Beschränkung von Luft, Licht und Sonne durch die fragliche Anlage kann jedoch nicht die Rede sein, und was über Blendung durch Sonne und Schnee, Steigerung der Hitze u. s. w. gesagt ist, entbehrt so sehr eines reellen Anhaltes, daß darauf keine Rücksicht genommen werden kann. Das Einzige, was wirklich in Betracht zu ziehen, ist eine Beeinträchtigung des Prospects durch die Bedachung des Säulenganges, indem es als zutreffend anerkannt werden muß, daß dadurch die Aus- und Umsicht aus dem unteren Stocke des klägerischen Hauses für einen Theil des Horizontes absorbirt wird. Allein da die Höhe des Daches nur 14 Zoll beträgt — ein bei der Entfernung von dem gedachten Wohnhause nicht nennenswerthes Minimum — auch nach dem Augenscheinsprotokolle Gebüsche und ein Baum, die sich über die Höhe dieses Daches erheben, auf der Grenze bereits stehen, so erscheint die durch dasselbe herbeigeführte Beschränkung der Aussicht vom klägerischen Grundstücke aus als eine so geringfügige, daß von einem allgemeinen Standpunkte aus (und nur auf diesen, nicht auf die individuellen Ansichten und Empfindungen der Kläger, kann es bei der vorliegenden Realservitut ankommen) dieselbe nicht als eine wahre und wesentliche Beeinträchtigung desjenigen Interesses, welches durch die fragliche Servitut gesichert werden sollte, anzusehen ist, vielmehr in dem Versuche, den Beklagten um ihretwillen an dem freien Gebrauche seines Grundstücks durch Vorrichtungen der fraglichen Art zu verhindern, nur eine incivile Ausübung jener Servitut gefunden werden kann, die auf richterlichen Schutz keinen Anspruch hat.

Mußte aus diesen Gründen das die Kläger mit der erhobenen Klage abweisende Stadtgerichts-Erkenntniß in der Hauptsache wieder hergestellt werden, so mußte ein Gleiches auch hinsichtlich der dort ausgesprochenen Verurtheilung der Kläger in die Kosten erster Instanz geschehen, während die Kosten der beiden höheren Instanzen des Wechsels der Erkenntnisse wegen, zu vergleichen waren.

338.

C. A. F. W. K. von Holzhausen, Kläger, gegen **A. J. Heidt, J. Frech** und **C. G. Wagner,** Beklagte, die Behütung von Dammwiesen betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 14. März 1862.

1. Kläger behauptet: es habe der Schäfer der Beklagten seit November v. J. zu wiederholten Malen auf den Grundstücken Gewann 20 Nr. 24 bis 28 gehütet; an diesen Grundstücken stehe jedoch den Metzgern ein Hutrecht nicht zu, wohl aber sei ihm ein solches durch § 5 des mit den Ackerbegüterten vom 11. September 1809 abgeschlossenen Vertrages (S. 74 der gedruckten Ausgabe) eingeräumt worden; durch die unbefugte Behütung der fraglichen, zu den in dem Vertrag l. c. erwähnten Dammwiesen gehörigen Grundstücke sei ein, auf 30 fl. per Jahr zu veranschlagender Schaden entstanden, dessen Ersatz den Beklagten obliege.

Kläger verlangt hiernach den Erlaß geeigneten Verbotes an die Beklagten unter Verurtheilung derselben zur Leistung einer cautio de non amplius turbando und zum Ersatz des verursachten Schadens, vorgängig dessen Liquidation, Aberkennung jedes Hutrechtes der Metzger an den fraglichen Grundstücken und Zuerkennung eben dieses Rechtes an ihn, den Kläger.

2. Die Beklagten leugnen die Activlegitimation Klägers, indem sie behaupten, daß § 5 des erwähnten Vertrages, weit entfernt ein Hutrecht an fragliche Dammwiesen zu Gunsten Klägers zu constituiren, vielmehr lediglich einen entsprechenden, auf dem Herkommen

beruhenden Besitzstand desselben bedingungsweise, unter Vorbehalt einer dieserhalb erst vorzunehmenden Prüfung, anerkannt habe, daß aber eine solche Prüfung folgends niemals vorgenommen worden, daher insoweit nicht einmal ein Besitz Klägers gegründet sei.

Wenn diese Behauptung richtig wäre, so müßte allerdings die Berechtigung Klägers zu der vorliegenden Klage in Frage gestellt erscheinen. Es kann jedoch diese Behauptung für begründet nicht erkannt werden, da dieselbe auf offenbar irriger Auffassung des § 5 cit. beruht.

Daß den hier vorkommenden Worten „nach genugsamer Prüfung", vom rein sprachlichen Standpunkt aus betrachtet, der doppelte Sinn einer historischen Bemerkung — „nachdem eine genugsame Prüfung stattgefunden habe" — oder aber eines pro futuro wirksamen Vorbehalts — „nachdem eine solche Prüfung stattgefunden haben werde" — unterstellt werden kann, ist zwar richtig. Allein Nichts spricht für die Auffassung jener Worte in dem letzteren Sinne, vielmehr vereinigt sich Alles, um diese Deutung ausgeschlossen erscheinen zu lassen.

Der Brachaufhebungsvertrag vom Jahre 1809 und die dazu gehörenden Spezialverträge waren das Ergebniß langwieriger und schwieriger Unterhandlungen, mittelst welcher die, zum Theil streitig gewordenen, Rechtsverhältnisse der Grundeigenthümer und Hutberechtigten endgültig, auf neue Basis geordnet werden sollten. Daß den desfallsigen Abmachungen die eingehendsten Untersuchungen der in Betracht kommenden factischen — und Rechtsverhältnisse vorausgehen mußten und in der That vorausgegangen sind, ergibt sich nicht weniger aus der Natur der Sache, als dies durch den Inhalt der Verträge und namentlich der verschiedenen, denselben beigefügten Anlagen zur Genüge dargethan wird.

Hiermit und mit dem unverkennbaren Streben der Paciscenten, der bisherigen Ungewißheit, soweit solche bestanden, durch feste, die beiderseitigen Rechtsverhältnisse sofort wirksam regelnde Verabredungen ein Ende zu machen, würde es aber wenig entsprochen haben, wenn § 5 des Spezialvertrages zwischen Kläger und den Ackerbegüterten die Anerkennung des klägerischen Besitzstandes bezüglich der Hut auf den in Rede stehenden Wiesen nur bedingungsweise, unter Vorbehalt einer erst künftig vorzunehmenden Prüfung, hätte aussprechen wollen. Denn

damit würde für die Zwischenzeit, bis zu Beendigung der völlig ins Unbestimmte gestellten Prüfung, Alles in der Schwebe geblieben sein, bezüglich der von dem Hellerhof beanspruchten Hutberechtigung von fraglichem Gelände irgend welche maßgebende Vereinbarung nicht bestanden haben.

Daß dies aber nicht in der Absicht der Contrahenten gelegen, vielmehr durch § 5 cit. eine unbedingte, sofort wirksame Anerkennung des klägerischen Besitzstandes, wenn schon im Sinne eines Provisoriums, ausgesprochen worden ist, die fraglichen Worte „nach genugsamer Prüfung" daher in der That, nur im Sinne einer motivirenden historischen Bemerkung zu verstehen sind, ergibt sich evident daraus, daß der fernere Wortlaut des Paragraphen die Thatsache der bis dahin stattgehabten Behütung jener Grundstücke von Seiten des Hellerhofes unumwunden bestätigt

> verbis: „welche bisher nach eingethaner letzter Schur, von seinem (des Hellerhofes) Schaf- und Hornvieh beweidet worden sind,"

sowie ferner aus der verwahrenden Schlußbestimmung, daß dem gegentheiligen Ergebniß einer künftigen (das Recht betreffenden) Beweisführung durch die erklärte Anerkennung des klägerischen Besitzstandes in Nichts präjudicirt sein solle — verbis: „bis sich nicht durch genügliche Beweismittel ein Anderes ergeben sollte." —

Hiernach muß der Besitz Klägers bezüglich des Hutrechtes auf den in § 5 des Vertrags erwähnten Wiesen, und zwar ebensowohl denjenigen des Gew. 15 als den, zu Gew. 20 gehörenden, s. g. Dammwiesen als feststehend betrachtet werden.

Beklagte wollen zwar einwenden, Kläger habe diese juris quasi possessio, wenn er sie jemals gehabt, jedenfalls durch 30-, eventuell 20- oder wenigstens 10jährigen non usus verloren. Allein dies ist offenbar irrig. Denn der Ablauf der Verjährungszeit hat mit dem Verlust des Besitzes, als solchen, Nichts zu thun. Dies Moment würde nur in Betracht kommen, wenn und inwiefern es sich um den Verlust des dinglichen (Servituten-) Rechtes Klägers an fraglichen Grundstücken handelte. Dies Recht steht aber dermalen gar nicht in Frage, da dem Kläger der Besitz der Hutberechtigung ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines entsprechenden

Rechtes zuerkannt worden ist, für den Verlust des Besitzes, resp. Quasibesitzes aber andere Grundsätze — Unmöglichkeit der Wiederergreifung oder Absicht des Aufgebens — maßgebend sind, als für den Verlust der Servitut.

Mit dem constatirten Besitzstand Klägers ist nun aber dessen Activlegitimation insoweit hergestellt, daß derselbe für berechtigt gelten muß, die Beeinträchtigung seines Besitzes durch das Ueberhüten Dritter, Unberechtigter abzuwehren, nicht aber auch Berechtigten die Mithut zu untersagen, da eine alleinige, ausschließliche Hutbefugniß klägerischer Seits nicht einmal behauptet, geschweige nachgewiesen worden ist, ebensowenig aber aus der Natur der Sache zu entnehmen steht.

3. Die Beklagten leugnen jedoch, daß ihr Schäfer, wie in der Klage angegeben, auf den Grundstücken Nr. 24 bis 28 gehütet habe. Da ohne dies bei dem Umstand, daß die Beklagten ein Hutrecht an den bezeichneten Grundstücken, für die Folgezeit wenigstens, nicht in Anspruch nehmen, die Klage gegenstandlos sein würde, so hat Kläger den Beweis seines thatsächlichen Klaggrundes zu führen.

4. Die Beklagten machen eventuell geltend, daß sie zu der Behütung der mehrerwähnten Grundstücke berechtigt gewesen seien. Diese Berechtigung leiten dieselben nun zwar nirgends von einem, dem Metzgerhandwerk an den Grundstücken der Gew. 20 zustehenden Hutrecht ab, sie gründen dieselbe vielmehr lediglich auf eine von den Pächtern der Grundstücke Nr. 25, 27 und 28 ihnen dieserhalb ertheilte Ermächtigung.

Die Fähigkeit der Pächter zur Ertheilung solcher Ermächtigung kann indeß keinesfalls als eine selbstverständliche, aus dem Verhältniß dieser Personen zu den gepachteten Grundstücken erfließende betrachtet werden, sie erscheint vielmehr davon abhängig, daß denselben ihrer Seits von den zur Mithut schlechthin berechtigten Grundeigenthümern (vergl. Mittermaier, Privatrecht ed. 6, Bd. I. S. 433) das Recht auf den gepachteten Grundstücken zu hüten, eingeräumt worden sei, welchen Falles sie allerdings dessen Ausübung an ihrer Statt Dritten überlassen konnten.

Da nun Kläger sowohl die Thatsache der behaupteten Ermächtigung der Beklagten von Seiten der Pächter, als auch der Letzteren

eigenen Berechtigung zum Schäfereibetrieb, resp. zur Behütung der gepachteten Grundstücke leugnet, so haben die Beklagten desfallsigen Beweis zu übernehmen.

Statt der eigenen Hutberechtigung ihrer Auctoren würde indessen auch der Nachweis der eventuell von den Beklagten behaupteten Thatsache genügen, daß die Ertheilung der fraglichen Erlaubniß an die Beklagten unter Zustimmung der Grundeigenthümer von den Pächtern erfolgt sein. Es ist daher diese Thatsache alternativ mit zum Beweis zu verstellen.

5. Da die Beklagten die angebliche Ermächtigung nur bezüglich der Grundstücke Nr. 25, 27 und 28 behauptet haben, so ist die Klage bezüglich der Grundstücke Nr. 24 und 26 im Fall der Erbringung des dem Kläger obliegenden Beweises sofort liquid gestellt.

6. Die geltend gemachte Schadensforderung Klägers muß dagegen unter allen Umständen als grundlos verworfen werden. Denn angenommen auch, es stehe ein durch die fuglose Behütung der mehrerwähnten Grundstücke entstandener Schaden objectiv fest, so fehlt es doch der erhobenen Ersatzforderung an dem erforderlichen subjectiven Moment der stattgehabten Beschädigung Klägers. Es ergibt nämlich der Acteninhalt, daß Kläger den ihm gehörigen Hellerhof nicht selbst bewirthschaftet, denselben vielmehr in Pacht gegeben hat, daß der Pachter des Gutes die Hut auf den fraglichen Grundstücken ausübt, den dadurch bedingten Nutzen zieht. Die Verkümmerung dieses Nutzens erscheint daher als ein dem Pachter, nicht aber dem Gutseigenthümer zugefügter Schaden, dessen Ersatz von dem Gutsherrn, der die unerlaubten Handlungen Dritter, also auch des Metzgerhandwerks oder einzelner Meister, gegenüber seinem Pachter nicht ohne Weiteres zu vertreten hat, nur auf Grund besonderer, vorliegend nirgends behaupteter Momente gefordert werden könnte.

7. Mit der Abweisung der erhobenen Schadensforderung erledigt sich die nur compensationsweise geltend gemachte Gegenforderung von selber, ohne daß es eines Eingehens auf deren Grund oder Ungrund bedürfte.

8. Soviel schließlich die gestellten Klag-petita im Einzelnen betrifft, so ist jedenfalls zur Auflage einer cautio de non amplius turbando keine Veranlassung gegeben, da durch geeignete Strafandrohung der

ungestörte Besitz Klägers ausreichend sicher zu stellen sein wird. Ebensowenig kann aber von einer Aberkennung des Hutrechtes der Metzger an den Grundstücken der Gew. 20 und einer entsprechenden Anerkennung des klägerischen Rechtes die Rede sein, da die Klage wider die Metzger, d. h. das Metzgerhandwerk nicht gerichtet ist, dessen etwaige Rechte somit überall nicht in Frage stehen, das beanspruchte Hutrecht Klägers aber gegen die Eigenthümer der betreffenden Grundstücke durchzusetzen wäre und nicht gegen die in dieser Beziehung passiven, gar nicht legitimirten Beklagten.

Hiernach wird zu Recht erkannt:

I. Kläger hat binnen 14 Tagen, Gegenbeweis vorbehalten rechtsgenügend darzuthun:

„daß der Schäfer der Beklagten seit Anfang November v. J. die Grundstücke Gewann 20 Nr. 24 bis 28 zu wiederholten Malen mit den Schafen der Beklagten behütet habe."

II. Die Erbringung dieses Beweises vorausgesetzt, wird den Beklagten aufgegeben, sich inskünftig der Behütung der genannten Grundstücke, bei Vermeidung angemessener Strafverfügung, zu enthalten und sind dieselben verurtheilt, dem Kläger die entstandenen Streitkosten zu ersetzen, sie wollten und könnten denn, binnen vorzuberaumender Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darthun:

„daß ihnen die Pächter der Grundstücke Nr. 25, 27 und 28 die Ermächtigung zur Behütung dieser Grundstücke ertheilt haben, und

entweder:

daß diesen Pächtern das Schäfereirecht, resp. das Recht der Behütung der gepachteten Grundstücke von den Eigenthümern eingeräumt worden sei,

oder:

daß die Ermächtigung der Beklagten zur Hut von Seiten der Pächter mit Genehmigung der Grundeigenthümer erfolgt sei", —

welchen Falles bezüglich des erkannten Verbotes, soweit dasselbe die Grundstücke Nr. 25, 27 und 28 betrifft,

sowie der Streitkosten wegen abändernde Verfügung ergehen soll.

III. Mit der erhobenen Schadensforderung wird Kläger angebrachter Maßen abgewiesen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 11. August 1862.

Auf beiderseitige Appellation.

In Erwägung,

1. daß, weil das Grundstück Gew. 20 Nr. 26 Eigenthum des Klägers selbst ist und von den Beklagten ein Recht dieses Grundstück zu behüten gar nicht in Anspruch genommen worden ist, die von dem Kläger wegen der Behütung dieser Wiese erhobenen Klage vor den Civilgerichten nur als Schadensersatzklage aus einer unerlaubten Handlung statthaft sein würde; daß aber von Störung des Klägers im Besitze einer ihm von diesem Grundstücke zustehenden Weideberechtigung nicht die Rede sein kann;

2. daß demnach, weil die von dem Kläger sowohl wegen der Behütung dieses Grundstücks, als der übrigen Grundstücke Gew. 20 Nr. 24, 25, 27 und 28 erhobene Schadensersatzforderung aus dem unter 6 des stadtgerichtlichen Erkenntnisses entwickelten Entscheidungsgrunde verworfen werden muß, rücksichtlich der Wiese Gew. 20 Nr. 26 nur ein Feldfrevel vorliegt,

Feldstrafgesetz vom 24. Mai 1861, Art. 54,

wegen dessen Verfolgung der Kläger, unter Verurtheilung in einen entsprechenden Theil der Kosten erster Instanz, an das Rügegericht zu verweisen ist;

3. daß die von dem Kläger wegen Behütung der Wiesen Gew. 20 Nr. 24, 25, 27 und 28 erhobene Klage sich als eine Besitzstörungsklage darstellt, weßhalb, da deren Streitobjekt im vorliegenden Falle als ein unschätzbares erscheint, in Betreff derselben die Zuständigkeit des Stadtgerichts begründet ist;

Bender, Handbuch des Civilprozesses S. 20,

4. daß jedoch, weil die Beklagten bestreiten, daß zur Zeit der Anstellung der Klage der Kläger in dem von ihm behaupteten Besitze der Weideberechtigung gewesen sei, in deren Besitz er durch die Be-

klagten gestört worden sein will, dem Kläger eine dem entsprechende Beweisauflage zu machen ist, indem, obgleich wegen des in dem Abschnitte 2 der Entscheidungsgründe zu dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse vom 14. März 1862 Ausgeführten feststeht, daß der damalige Eigenthümer oder Fideicommißinhaber des Hellerhofes, Freiherr Georg von Holzhausen, im Besitze der fraglichen Weidegerechtigkeit gewesen sei, daraus, namentlich da jener Georg Freiherr von Holzhausen mit dem jetzigen Kläger, welcher laut [2] der Stadtgerichts-Acten Carl Freiherr von Holzhausen heißt, nicht identisch ist, nicht gefolgert werden kann, daß der jetzige Kläger zur Zeit der Klaganstellung sich im Quasibesitze der fraglichen Weideberechtigung befunden habe;

Savigny, Recht des Besitzes, Aufl. 6, S. 461—463,
Seuffert, Pandekten § 412, Note 5,
Sintenis, Civilrecht, Aufl. 1. § 46, Note 16,

daß

5. die Beklagten die Behütung der fraglichen vier Wiesen in Abrede gestellt, aber die Befugniß auf dreien dieser Wiesen, nämlich den mit Gew. 20 Nr. 25, 27 und 28 der Frankfurter Gemarkung bezeichneten zu hüten, aus einer ihnen von den Pächtern dieser Grundstücke ertheilten Ermächtigung herzuleiten versucht haben, daß

6. das angezogene stadtgerichtliche Erkenntniß den Beklagten den Beweis der erwähnten Ermächtigung und darüber

daß entweder den Pächtern das Schäfereirecht, resp. das Recht der Behütung der gepachteten Grundstücke von den Eigenthümern eingeräumt worden,

oder daß die Ermächtigung der Beklagten zur Hut von Seiten der Pächter, mit Genehmigung der Grundeigenthümer erfolgt sei,

nachgelassen hat, daß

7. diese Beweisnormirung, welche sich nach dem was vorstehend unter 5. bemerkt worden, unter jeder Voraussetzung auf die Wiesen Nr. 25, 27 und 28 zu beschränken hätte, unterstellt, daß den Eigenthümern der betreffenden Wiesen nicht nur das Hutrecht darauf zustehe, sondern daß auch damit die Befugniß zur weiteren Ueberlassung dieses Hutrechts an Dritte verbunden sei, daß

8. ganz dahin gestellt bleiben kann, ob nach dem Vertrage vom Jahre 1809 über die Aufhebung der Brache und dessen Anlagen den

Eigenthümern der weidepflichtigen Grundstücke neben dem Weideberechtigten selbst, das nach dem gemeinen deutschen Privatrecht von mehreren Schriftstellern behauptete concurrirende Recht der Mitbehütung zustehe oder nicht, weil dieses Mitbehütungsrecht jedenfalls nur im Interesse des hutpflichtigen Gutes und also nur mittelst des zu diesem Gute gehörenden Viehes ausgeübt werden dürfte, und somit an dritte Personen, welche wie im vorliegenden Falle die beklagten Metzgermeister, in keiner Beziehung zu dem hutpflichtigen Gute stehen, keinesfalls übertragbar wäre,

daß

9. mithin die mehrerwähnte Erlaubniß oder Genehmigung von Seiten der Gutseigenthümer, den Beklagten nicht zu statten kommen kann und daher auch nicht zum Beweise zu verstellen, vielmehr es für den Fall der Erbringung der dem Kläger obliegenden Beweise bei dem gegen die Beklagten ergangenen Verbot unbedingt zu belassen ist,

daß

10. das klägerischerseits nachgesuchte Verbot auch dann einzutreten hat, wenn der Schäfer der Beklagten die fraglichen Wiesen nicht mehreremal, sondern nur einmal behütet hat, indem auch ein einmaliges Hüten eine Verletzung des Klägers involviren würde.

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

I. das Stadtgerichtserkenntniß vom 14. März 1862 wird dahin abgeändert:

A. der Kläger wird mit der von ihm wegen Behütung des Grundstücks Gew. 20 Nr. 26 durch den Schäfer der Beklagten erhobenen Klage hierorts abgewiesen und in ein Fünftel der in erster Instanz erwachsenen Kosten verurtheilt.

B. Würde Kläger binnen einer von dem Stadtgerichte vorzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darthun,

1. daß er zur Zeit der Anstellung der Klage (16. November 1861) das Recht die Grundstücke Gew. 20 Nr. 24, 25, 27 und 28 der Frankfurter Gemarkung mit Schafen zu beweiden besessen habe, und

2. daß der Schäfer der Beklagten seit Anfang November 1861 die Grundstücke Gew. 20 Nr. 24, 25, 27 und 28 der Frankfurter Gemarkung behütet habe, so soll den Beklagten aufgegeben sein, sich inskünftig der Behütung der vorgenannten Grundstücke bei Vermeidung angemessener Strafe zu enthalten und sollen dieselben den Klägern vier Fünftel der Streitkosten erster Instanz zu ersetzen haben, wogegen für den Fall der Nichterbringung dieses Beweises Kläger mit der von ihm wegen der Behütung dieser Grundstücke erhobenen Klage unter Verurtheilung in sämmtliche Kosten erster Instanz abgewiesen sein soll.

II. Die in dieser Instanz erwachsenen Kosten werden gegeneinander aufgehoben.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 11. Juli 1863.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. August v. J., wie hiermit geschieht, im Uebrigen zu bestätigen und nur insoweit abzuändern sei, daß für den Fall der Führung der dem Kläger auferlegten Beweise die Beklagten demselben nur drei Viertel der Kosten erster Instanz zu erstatten haben.

In die Kosten dieser Instanz werden die Beklagten verurtheilt; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Das Appellationsgericht hat unter A seines Erkenntnisses die angestellte Klage, soviel die Behütung der Wiese Gew. Nr. 26 betrifft, angebrachtermaßen abgewiesen, weil diese Wiese Eigenthum des Hellerhofes sei, hier also die widerrechtliche Behütung als ein zur Competenz des Rügegerichts stehender und bei diesem zu denuncirender Feldfrevel sich darstelle.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob, da der Kläger nicht auf Bestrafung, sondern nur auf ein Strafverbot für die Zukunft und auf Schadensersatz im Civilwege geklagt hat, diese Entscheidung eine gerechtfertigte sei. Wenn die Beklagten mittelst ihrer ersten Beschwerde aber sogar verlangen, daß der Kläger auch wegen Behütung der übrigen Wiesen, an welchen er seinerseits nur eine Weideservitut in Anspruch nimmt, an das Rügegericht verwiesen werde, so ist dieses Verlangen ein offenbar unbegründetes. Denn das hier maßgebende Feldstrafgesetz vom 24. Mai 1861 hat in dem einschlagenden Art. 54 nur Verletzungen des Eigenthums im Auge, indem es nur den Grundeigenthümer widerrechtlich behüteter Felder und Wiesen zur Denunciation zuläßt. Streitigkeiten über Störung im Besitze einer Weideservitut gehören dagegen schon an sich nicht an das Rügegericht, am wenigsten aber dann, wenn, wie im vorliegenden Falle, der angeblich gestörte Besitz bestritten ist.

II. Unbegründet ist es ferner auch, wenn die Beklagten mittelst ihrer vierten Beschwerde verlangen, daß mindestens die Sache als zur Competenz des Stadtamts gehörig, an dieses verwiesen werde.

Da nämlich die Klage, wie oben bemerkt, auf ein Strafverbot an die Beklagten gerichtet ist, die fraglichen Wiesen ferner zu behüten, und die Beklagten das Recht des Klägers dazu unter anderen aus dem Grunde bestreiten, weil er sich selbst gar nicht im Besitze des Weiderechts auf diesen Wiesen befinde, so liegt, wie die vorigen Richter angenommen haben, allerdings ein unschätzbares Streitobjekt vor. Freilich bestimmt nun die Verordnung vom 20. Januar 1817 über die Competenz der Civilgerichte im § 4, daß, abgesehen von der Competenzsumme, hinsichtlich der sonstigen aus der Qualität des Streitobjekts sich ergebenden Competenz-Verschiedenheit, die seitherige Gerichts-Observanz zur fortdauernden Norm dienen solle,

Gesetzsamml. Thl. I. S. 121

und nach der von Bender bezeugten Observanz ist das Stadtamt unter anderen nicht schätzbaren Sachen auch competent für Klagen über Störung in Ausübung dienstbarlicher Rechte.

Handbuch des Proz. S. 21.

Ferner gehören unschätzbare Sachen, sowie Prozesse über Rechte,

Gerechtigkeiten und Gefälle, wie Bender ebenfalls bekundet, nur dann an das Stadtgericht, wenn es sich vom Rechte selbst handelt.

a. a. O. S. 20.

Allein andererseits kommt für die Competenz des Stadtgerichts in dem gegenwärtigen Falle in Betracht, daß

1. nach dem Zeugnisse eben jenes Schriftstellers dieselbe in allen den Justizämtern nicht ausdrücklich überwiesenen Sachen begründet ist, Klagen über Störung im Besitze von Servituten den Justizämtern aber nirgends ausdrücklich überwiesen sind, sowie

2. daß, wenn die Beklagten auch ein Weiderecht jure proprio an den fraglichen Wiesen nicht in Anspruch nehmen, sie doch theils eine Befugniß zur Beweidung aus einer ihnen von den Pächtern der fraglichen Wiesen ertheilten Erlaubniß geltend machen, theils jedes Recht des Klägers dieselben zu beweiden in Abrede stellen.

Könnte hiernach die Sache aber auch als zweifelhaft betrachtet werden, so würde es doch gerade deshalb als völlig unzweckmäßig erscheinen, die so weit instruirte Sache zur neuen Verhandlung an ein anderes Gericht zu verweisen.

III. Die Grundlosigkeit der zweiten Beschwerde, daß die angestellte Besitzklage für zulässig erachtet sei, liegt auf flacher Hand.

1. Daß das hier in Frage stehende interdictum uti possidetis nur vom juristischen Besitzer angestellt werden kann, ist zwar richtig. Allein es hat ja das Appellationsgericht, abweichend vom Stadtgericht, dem Kläger annoch den Beweis auferlegt, daß er zur Zeit der Klage sich im Besitze des Weiderechts auf den fraglichen Wiesen befunden habe, worunter nur der juristische Besitz zu verstehen ist. Somit kommt es auf eine Erörterung darüber, ob mit Recht oder Unrecht angenommen worden, daß Georg von Holzhausen im Jahre 1809 im anerkannten Besitze des Weiderechts gewesen sei, zur Zeit gar nicht an.

2. Daß, wie die Beklagten meinen, das Interdict nur gegen Denjenigen angestellt werden könne, welcher sich selbst juristischen Besitz beilege, bedarf keiner Widerlegung.

IV. Das Gleiche gilt von der dritten Beschwerde, daß das Interdict gegen die Beklagten zugelassen und Kläger nicht vielmehr angewiesen, den Schäfer der Beklagten als den factischen Störer in

Anspruch zu nehmen. Dieselbe würde nach der Hammeltriebs-Ordnung § 14

Abdruck des Original-Vergleichs über Aufhebung der Brache S. 64,

vergl. auch Feldstrafgesetz Art. 11, sub 5

selbst dann unbegründet sein, wenn Beklagte die Handlungen ihres Schäfers nicht vertreten wollten, vollends aber, da sie sich dieselben aneignen und ein dadurch geübtes Unrecht in Abrede stellen.

V. Die sechste Beschwerde geht dahin, daß die Beklagten mit ihrer Einrede, ihnen sei von den Pächtern der Wiesen Nr. 25, 27 und 28 mit Consens der Eigenthümer die Behütung dieser Grundstücke eingeräumt worden, zurückgewiesen seien.

Hier kann es füglich unerörtert bleiben, ob, wenn auch den Ackerbegüterten der Frankfurter Gemarkung überhaupt ein jus compascui zustehe, sie befugt seien, es bei Wiesen, wie den fraglichen, auf denen nur für die s. g. offene Zeit von Michaelis bis Maitag Dritten ein Hutrecht zusteht, in dieser Zeit selbst zu üben.

Vergl. Hagemann, Landwirthschaftsrecht S. 557.

Haubold, K. Sächs. Priv. R. S. 193.

Jedenfalls ist für die Verwerflichkeit der Beschwerde der Grund der vorigen Richter entscheidend, daß gleichwie der fremde Hutberechtigte das dienende Grundstück nur mit seinem eigenen Vieh betreiben darf, so auch das jus compascui des Eigenthümers auf das Vieh, welches er selbst hält, beschränkt, und ihm nicht gestattet ist, zum Nachtheil des ausschließlichen Hutberechtigten dritten Personen eine Mithut einzuräumen.

Hiernach bedürfen die fünfte und siebente Beschwerde keiner weiteren Erörterung.

VI. Insofern die achte Beschwerde

1. principaliter verlangt, daß der Kläger schon jetzt in alle Kosten erster Instanz verurtheilt werde, ist sie lediglich consecutiv und erledigt sich durch die in der Hauptsache ergehende Confirmatoria. Insofern aber

2. event. beantragt wird, die Beklagten für den Fall der Erbringung der dem Kläger auferlegten Beweise in weniger als 4/5 der Kosten erster Instanz zu verurtheilen, erscheint sie insofern begründet, als der Kläger nicht nur mit der Klage in Betreff der Wiese Nr. 26, sondern auch mit seinem ganzen Schadensanspruche abgewiesen

worden ist. Da indessen die Verhandlungen über diesen letzteren Punkt nur durch die Compensationseinrede der Beklagten sich verweitläuftigt haben, so erschien eine eventuelle Verurtheilung der Beklagten in drei Viertel der gedachten Kosten jedenfalls gerechtfertigt.

Uebrigens konnte diese unerhebliche Reformatoria in einem Nebenpunkte keinen Grund abgeben, die Beklagten nicht in sämmtliche Kosten der gegenwärtigen Instanz zu verurtheilen.

339.

Johanna Dürrstein, geb. Gerothwohl, Liquidantin und Widerbeklagte, gegen den Curator und Contradictor der **Julius Friedrich Dürrstein**'schen Debitmasse, Liquidaten und Widerbeklagten, Separationsrechte, Illatenforderung und Gegenforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I vom 23. April 1862.

Gegen das von der Liquidantin in Anspruch genommene Separationsrecht hat der Contradictor Widerspruch erhoben und zugleich widerklagend die Liquidantin für alle Passiven der Handlung Dürrstein verantwortlich gemacht, indem er behauptet:

A. Die Liquidantin sei Inhaberin der cridarischen Handlung gewesen, nachdem sie solche am 4. April 1859 mit Activen und Passiven übernommen; jedenfalls

B. habe die Liquidantin am Geschäftsbetriebe thätigen Antheil genommen, so daß sie nicht nur ihr Separationsrecht verwirkt habe, sondern auch mit ihrem Sondervermögen für die Geschäftsschulden haftbar sei.

Es sind hiernach zuvörderst beide Momente, welche für den Liquidationsanspruch präjudiciell sind, rücksichtlich ihrer Voraussetzungen und Folgen zu prüfen.

ad A. Die Liquidantin gibt zu, das Original des von dem Contradictor in [16] vorgelegten Vertrages unterzeichnet zu haben, womit das auf Vorlage des Originals gerichtete Editionsgesuch erledigt worden ist. Laut dieses am 4. April 1859 ausgefertigten Vertrags übernimmt die Liquidantin von ihrem Ehemann, der sich auf eine längere Reise begibt, das ganze Geschäft mit Activen und Pas-

siven und führt es unter der seitherigen Firma, so lange sie solche nicht zu ändern beliebt, für eigene Rechnung fort.

I. Die Liquidantin bestreitet nun, daß die Voraussetzungen vorlägen, unter welchen überhaupt für sie eine Haftbarkeit aus dem Vertrage entstehen konnte. Sie behauptet in dieser Beziehung

1. Der Vertrag sei ungültig, weil er rücksichtlich der Passiven eine Intercession bezweckte. Allein würde man bei der Uebernahme einer Handlung die Grundsätze über Intercession anwenden wollen, so würde doch da nicht von einer ungültigen Intercession einer Frau die Rede sein können, wo der Intercedentin durch die Geschäftsübernahme im Ganzen ein Vortheil zuging, oder wo wenigstens ihr Vermögen keine Verringerung erlitt.

l. 16 pr. ad S. C. Vellej 16, 1.

Arndt, Pandekten S. 571.

Dies muß aber in dem vorliegenden Falle angenommen werden, da die Liquidantin nicht zu behaupten vermochte, daß das Geschäft bereits am 4. April 1859 sich im Zustande der Ueberschuldung befunden habe, sich auch aus den von der Liquidantin in Bezug genommenen Verhandlungen des Jahres 1859 die Solvenz des Geschäftes ergibt, umsomehr dann, wenn die Illatenforderung der Liquidantin von fl. 9500, auf welche jederzeit ein Verzicht zulässig war, und welche bei Uebernahme der Handlung durch Confusion erloschen sein würde, auf Rechnung bleibt.

Die Liquidantin behauptet ferner

2. der Vertrag sei hinfällig, weil sie durch hinterlistige Vorspiegelungen verleitet worden sei, denselben zu unterzeichnen.

Worin diese hinterlistigen Vorspiegelungen bestanden haben sollen, ist nicht näher angegeben; man muß daher die Erläuterung dieses Vorwurfes in der Behauptung der Liquidantin suchen, daß sich die Passiva höher, die Activa aber niedriger gestellt hätten, als in dem Vertrage angegeben worden.

Wie hoch sich diese Differenz belaufen habe, ist nicht angegeben. Auch ist kein Aufschluß hierüber in den früheren Verhandlungen des Jahres 1859 zu finden. Denn abgesehen davon, daß jene Verhandlungen den Vermögensstand der Handlung größtentheils nur hypothetisch festgestellt haben (wie namentlich die Activposten des Waaren-

lagers und Materials nur Taxationspreise darstellen), so ist auch die damals gezogene Bilanz auf den Monat August gestellt, so daß durch dieselbe die Annahme nicht ausgeschlossen wird, daß in dem fortwährend im Betriebe gebliebenen Fabrikgeschäfte seit 4. April Veränderungen in dem Activstande, sowie in dem Passivstande stattgefunden haben konnten.

Unter diesen Umständen mangelt zur Beurtheilung, inwieweit ein Dolus auf Seiten des Cridars stattgefunden und inwieweit der Liquidantin in einem durch diesen Dolus bedingten, die Perfection des Vertrages hemmenden Irrthum befangen war, jeglicher Anhaltspunkt; es kann somit der Einwand der Arglist und des Irrthums als nicht genügend substantiirt nicht zur Geltung gebracht werden.

Die Liquidantin beruft sich

3. darauf, daß der Vertrag nicht veröffentlicht, noch den Gläubigern von dem Inhalte desselben Mittheilung gemacht worden ist; sie hält sich deshalb den Gläubigern gegenüber nicht für verpflichtet und glaubt demgemäß auch dem Curator massae das Klagrecht absprechen zu können.

Liegt nun allerdings bei Uebernahme eines Geschäftes der obligatorische Act den Gläubigern gegenüber erst in der Veröffentlichung des betreffenden Vertragsverhältnisses (Börsenanschlag, Circular),

Souchay, Anm. Bd. II. S. 640.
Urtheil des Ober-Appellationsgerichts V. S., Bd. IV. S. 422, 424 flg.

so wird doch der Vertrag an sich ebensowenig durch die Unterlassung der Publication ungültig, als dadurch, daß die Uebernehmerin des unter fremden Namen zu führenden Geschäfts nicht als Handelsfrau concessionirt ist. Sie bleibt vielmehr aus dem Vertrage immerhin ihren Contrahenten gegenüber gebunden, so daß, wenn auch der einzelne Gläubiger aus diesem Vertrage ein directes Klagerecht gegen die Uebernehmerin nicht erwirbt, doch der Mitcontrahent auf Deckung rücksichtlich der Passiven zu klagen berechtigt ist. Von dem letztern Gesichtspunkte aus ist die Widerklage des Curators aufzufassen, welche sich nicht sowohl als eine Klage in Vertretung der einzelnen Gläubiger als solcher, sondern vielmehr als eine Klage Namens der Masse und Mitvertretung des Cridars darstellt.

Arndt, Pandecten, § 226, S. 362.
Linde, Civil-Prozeß, 5. Aufl., S. 549 und 550.
Vergl. Urth. des Ober-Appellationsgerichts in Seuffert, Arch. Bd. II. Nr. 287.

Endlich wendet die Liquidantin ein

4. der Vertrag sei unerfüllbar gewesen und nie zum Vollzuge gekommen (exceptio non adimpleti contractus).

Die Unerfüllbarkeit wird in dem sub 2 erörterten Momente gesucht, daß die Activa und Passiva der in dem Vertrage aufgeführten Größe nicht entsprochen hatten, woraus gefolgert wird, der Cridar habe das Versprochene nicht leisten können.

Allein dieser an sich, wie bereits hervorgehoben, nicht genügend substantiirte Umstand würde keineswegs die Uebernahme des Geschäfts als ganzes unmöglich gemacht haben, es würde eine Unrichtigkeit in den Activen und Passiven nicht unbedingt dem Wegfall des Vertragsgegenstandes gleich zu achten sein, um so weniger, als die Liquidantin bei der Geschäftsübernahme andere außer der angegebenen Größe der Activen und Passiven liegenden Interessen verfolgen konnte, somit die fragliche Unrichtigkeit neben der Geschäftsübernahme nur zu Entschädigungsansprüchen gegen den Mitcontrahenten geführt haben würde, von dem sie in der ihm zugesicherten Rente überdies einige Deckung in Händen hatte.

Ein anderes ist die Behauptung, daß der Vertrag nie zum Vollzuge gekommen wäre, daß der Cridar der Liquidantin das Geschäft nicht übergeben und daß sie es daher nie angetreten hätte. Wenn diese Behauptung richtig wäre, so würde dieser Vertrag als durch contrarius consensus aufgelöst zu erachten sein, wenigstens würde jetzt nicht mehr von einem Vollzuge desselben die Rede sein können.

Der Curator, welcher seinerseits dabei beharrt, daß der Vertrag vollzogen worden sei, stützt sich zur näheren Begründung seiner Angabe unter Anderem auf folgende thatsächliche Momente:

a) Sofort nach Unterzeichnung des Vertrags habe sich der Cridar auf die in § 4 erwähnte lange Reise begeben, von der er zur Zeit noch nicht zurückgekehrt ist.

b) Der Cridar habe die in dem Vertrage quittirte Summe (Rente) empfangen und zwar fl. 1500 von der Liquidantin aus ihren Privatmitteln.

c) Der Brief Anlage C [17] sei mit Wissen und Willen der Liquidantin geschrieben.

d) Die Liquidantin habe sich den Arbeitern und den Comptoir-Gehülfen als Disponentin vorgestellt und als solche gerirt.

e) Sie habe dem Briefträger aufgegeben, alle für die Firma eingehenden Briefe ihr, der Liquidantin, zuzustellen, auch habe sie diese Briefe selbst eröffnet.

f) Sie habe dem Buchhalter Hegmann Instructionen ertheilt.

g) Sie habe die Schlüssel der Geschäftslokalitäten verlangt und in Empfang genommen.

h) Sie habe später das Geschäft zu verkaufen gesucht.

Die sub a erwähnte Thatsache steht fest, die übrigen werden von der Liquidantin bestritten.

Da nun dem Widerkläger der Beweis seines Klagegrundes obliegt, so habe er darzuthun, daß der Vertrag vollzogen, resp. von Seiten des Cridars vollzogen worden ist; hierbei sind die vorerwähnten Thatsachen als Beweismomente anzusehen, deren Würdigung jedoch im Einzelnen und Ganzen vorbehalten bleiben muß.

Für den Fall, daß das Ergebniß der Beweisführung den Vollzug des Vertrages außer Zweifel stellt, sind nun

II. die Folgen der Geschäftsübernahme für die Liquidantin in's Auge zu fassen.

Die Liquidantin wird nicht nur für die Passiven einstehen müssen, die zur Zeit der Geschäftsübernahme vorhanden waren, sondern auch für die nach dieser Zeit entstandenen Geschäftsschulden. Der Einwand, sie habe niemals dem Geschäftsführer Schmidt noch dem Geschäftsführer Gerothwohl Procura oder Vollmacht ertheilt, vielmehr hätten diese lediglich als Beauftragte des Cridars gehandelt, kann hiergegen nicht in Betracht kommen; denn findet einestheils die Führung des Geschäftes auf fremden Namen in den Verhältnissen ihre genügende Erklärung, so muß auch, wenn Liquidantin das mit dem Geschäft überkommene Personal in Dienst und Activität ließ und den Fortbetrieb des Geschäftes in der seitherigen Weise duldete, angenommen werden, daß die Geschäftsführer mit ihrem Wissen und Willen und unter ihrer Zustimmung handelten. Die eigenen Forderungen der Liquidantin an die cridarische Handlung sind seit der Geschäftsüber-

nahme durch Confusion erloschen, so daß die im Besitze der Liquidantin als Faustpfänder sich befindenden Waaren zur Masse zu liefern sind.

Würde hiernach der Antrag des Curators, die Liquidantin für die Geschäftsschulden der Masse gegenüber mit ihrem Privatvermögen für haftbar erklären, begründet sein, so müssen doch die ferneren Anträge, daß die Liquidantin angehalten werde, ihr Sondervermögen zum Inventare der Masse anzugeben und es unter Siegel legen zu lassen, als zu weit gehend bezeichnet werden. Denn es liegt in Bezug auf die Liquidation hinsichtlich ihres Sondervermögens kein concursus creditorum vor, sondern nur ein Deckungsanspruch von Seiten des Massecurators einer Handlung, die nicht auf den Namen der Liquidantin geführt wurde. Ebensowenig folgt aus der Insolvenz des Geschäftes, daß die Liquidantin auch in Bezug auf ihr Sondervermögen insolvent sein müsse, was auch nicht einmal behauptet wurde. Es wäre sonach ein Einschreiten gegen die Liquidantin, wie das beantragte ist, mit nichts gerechtfertigt.

Würde nun aber eine Haftbarkeit der Liquidantin aus dem vorstehend erörterten Vertrage sich nicht ergeben, so kommt

ad B die weitere Behauptung des Curators, daß Liquidantin jedenfalls an dem Geschäftsbetriebe ihres Mannes thätigen Antheil genommen habe, in Betracht.

In dieser Beziehung nimmt der Curator auf die oben sub Nr. I, 4 a bis h angeführten Thatsachen Bezug. Allerdings würde, wenn die Liquidantin neben dem Procuraträger und neben dem Generalbevollmächtigten ihres Ehemanns, dem Buchhalter in Bezug auf das Geschäft Weisungen ertheilt, die Geschäftsbriefe in Empfang genommen und eröffnet, sich überhaupt, was der Curator ausdrücklich behauptet und zu erweisen hat, in dem Geschäfte der Art benommen hätte, daß sie unter den Geschäftsleuten dahier als an dem Geschäfte ihres Ehemannes betheiligt habe angesehen werden müssen, so würde die Folge einer solchen Geschäftsthätigkeit für die Liquidantin nicht nur darin bestehen, daß sie ihr Separationsrecht verwirkt hätte, sondern sie würde auch für alle seit dem Zeitpunkte der behaupteten Einmischung entstandenen Geschäftsschulden solidarisch, d. i. auch mit ihrem Sondervermögen haften und mit ihren der Handlung gemachten Vorschüssen gleich einem socius diesen Geschäftsschulden nachstehen.

Reform III. 7. § 12, § 13.
Souchay, Anmerk. II, S. 650.
Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts in Römer, Samml. Bd. II. S. 304.

Dagegen läßt sich auch in diesem Falle, wie in dem oben ad A erörterten, ein Antrag auf Inventur oder Obsignation des Sondervermögens der Liquidantin nicht rechtfertigen.

Bei der präjudiciellen Natur der Widerklage erscheint es angemessen, in Betreff der einzelnen Posten der Liquidation Erkenntniß vorzubehalten.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Die Anträge des Curators auf Inventur und Obsignation des Vermögens der Liquidantin werden verworfen.

II. Würde der Curator, vorbehältlich des Gegenbeweises, binnen 14 Tagen beweisen:

1) daß der Vertrag [16] Act. vollzogen worden ist, bezw. daß der Cridar der Liquidantin das Geschäft übergeben, oder daß sie solches übernommen hat,

oder

2) daß die Liquidantin und seit wann an dem Geschäftsbetriebe ihres Ehemanns thätigen Antheil genommen,

so soll je nach dem Ergebniß des einen oder des andern Beweises nach Maßgabe des in den Entscheidungsgründen sub A, II oder sub B Gesagten weitere Verfügung in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen, ergehen.

Beiden Theilen ist es unbenommen, sich bei ihrer Beweisführung dessen, was zu ihren Gunsten in den Acten liegt, insbesondere dem Curator sich der oben sub A, I 4 hervorgehobenen Beweismomente mit zu bedienen.

III. Führt der Curator keinen der vorstehend auferlegten Beweise, so soll die Liquidantin zu dem Rechte der Güterseparation an sich zugelassen und die Widerklage abgewiesen sein, und bleibt für diesen Fall Erkenntniß wegen der einzelnen Posten der Liquidation nicht minder vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 17. October 1862.

Auf Appellation der Liquidantin.

Die erste Beschwerde der Liquidantin

daß dem Curator und Contradictor der J. F. Dürrstein'schen Debitmasse der Beweis in Decis II, 1 des Urtheils vom 4. April 1862 nicht hätte verstattet, dessen Einrede gegen das Separationsgesuch der Liquidantin hätte verworfen, die Widerklage des Curators aber hätte abgewiesen werden sollen,

erscheint, soviel deren ersten und letzten Theil betrifft, begründet.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen die J. F. Dürrstein'schen Gläubiger, einzeln oder vereint, aus dem Rechte, welches dem Cridar nach dem Vertrage [16] Act 1ª gegen seine Ehefrau zustand, oder in Folge der Einmischung der Letzteren in das Geschäft des Ehemannes auf Grund der

Reform III. Art. 7, § 12, 13

Klage oder Widerklage dahin erheben können:

daß die Liquidantin für die Schulden der Handlung Dürrstein mit ihrem Separatvermögen haftbar erklärt werde.

Keinesfalls ist der Curator und Contradictor der Dürrstein'schen Debitmasse als solcher legitimirt einen Klagantrag, wie in [14] Act 1ª geschehen, für die Gläubiger oder überhaupt zu stellen.

Pflicht und Recht des Curators beschränken sich noch

Reform VII. Art. 10, § 2—4.

darauf, das Vermögen des Cridars klar zu stellen, zusammenzubringen, zu verwahren und zu verwalten.

Die Functionen des Contradictors aber bestehen nach dessen Eid, wie solcher durch Schöffenraths Decret vom 13. August 1732 normirt ist,

cf. Orth, Anmerk. 3te Forts. S. 343.

darin, die gegen die Masse angemeldeten Forderungen im Interesse der Gesammtheit der Gläubiger zu prüfen und wo nöthig zu bestreiten.

Hiernach erscheint es wohl gerechtfertigt, daß der Curator und Contradictor im vorliegenden Falle die Illatenforderung der Dürrstein'schen Ehefrau als unbegründet bestritten und einredeweise als verwirkt

bekämpft hat. Nicht aber vermag demselben als solchem die Befugniß zu einer Widerklage der vorliegenden Art eingeräumt zu werden, deren Erhebung in den Funktionen des Contradictors gar nicht begründet ist und von dem Curator nur dann in Betracht gezogen werden konnte, wenn eine concrete Forderung der Masse gegen die Liquidantin aus dem Vertrage [16] Act 1ª entsprungen wäre.

Mit der unbedingten Abweisung der Widerklage erscheint die von dem Curator und Contradictor aufgestellte Prinzipal-Beschwerde in [14] Act

daß bezüglich der Widerklage noch auf Beweis erkannt worden ist,

als hinfällig und erledigt sich die eventuelle von der Liquidantin

über den Umfang der Condemnation in der Widerklage

erhobene vierte Beschwerde.

Für die dem Separationsgesuche entgegengestellte Einrede der Verwirkung erscheint die Frage nach der Rechtsbeständigkeit des Vertrags [16] Act 1ª gleichgültig. Es bedarf demnach keines weiteren Eingehens auf die sich lediglich hierauf beziehende nur eventuelle zweite und dritte Beschwerde der Liquidantin.

Der Vollzug dieses Vertrags hat für die Einrede nur die Bedeutung eines die Einmischung der Ehefrau in das Geschäft ihres Mannes bezeugenden thatsächlichen Moments. Auf diese Einmischung ist die Einrede vom Curator und Contradictor gegründet, und deren Nachweis hat, wie anerkannt

Souchay, Anmerk. Band II S. 645, 599.

Bender, Handbuch S. 511.

die Abweisung des Separationsgesuchs zur Folge.

Es ist nicht erforderlich, daß im einzelnen Falle alle in der

Reform III. 7, § 12.

bezeichneten Merkmale der Theilnahme der Ehefrau am Geschäfte des Ehemannes vereint zusammentreffen, es genügt, wenn einige derselben, oder ähnliche und dergleichen vorhanden sind, woraus sich die regelmäßige Theilnahme der Ehefrau am Geschäfte ergibt, weßhalb der Beweis, wie auch vorliegend vom Stadtgericht geschehen, allgemein gestellt zu werden pflegt, daß die Frau im Geschäft mit thätig gewesen ist.

Die von dem Curator in [14] Act 1ªᵉ seqq. angeführten, in dem Urtheile des Stadtgerichts vom 4. April d. J. unter A I 4 a bis h

zusammengestellten verschiedenen Thatsachen sind überall thunlich substantiirt und es kann mit Grund nicht bezweifelt werden, daß dieselben in Verbindung miteinander für den Beweis einer die Ehefrau mitverhaftenden Thätigkeit von Erheblichkeit sein können.

Die fünfte

gegen die Zulässigkeit und Relevanz des Beweissatzes unter II 2

gerichtete Beschwerde ist hiernach insoweit zu verwerfen.

Die damit gleichfalls beanstandeten Worte „und seit wann" in demselben Beweissatze aber haben nach Lage der Sache für die Einrede keinerlei Bedeutung, und können mithin wegfallen.

Der Beweissatz II 1 ist nach den vorstehenden Ausführungen als Beweisalternative zu streichen, und da der Vertragsvollzug als Beweismoment unter den Beweissatz II 2 fällt, so ist die eventuelle Beschwerde des Curators darüber

daß ihm der Beweis des Vertragsvollzugs auferlegt worden

damit erledigt.

Aus diesen Gründen werden unter Bestätigung Abschnitts I des stadtgerichtlichen Bescheids vom 4./9. April d. J. die Abschnitte II und III desselben aufgehoben, resp. dahin abgeändert:

A. Würde der Curator der J. F. Dürrstein'schen Debitmasse, vorbehältlich des Gegenbeweises, binnen vom Stadtgericht anzuberaumender Frist rechtsgenügend darthun,

daß die Liquidantin an dem Geschäftsbetrieb ihres Ehemannes thätigen Antheil genommen hat,

so ist dieselbe mit der in [5] act. 1ae angemeldeten Illatenforderung und der daselbst nachgesuchten Separation unter Verurtheilung in die Kosten der Vorklage abgewiesen, auch schuldig erkannt, die von ihr besessenen Faustpfänder unentgeltlich zur Masse zu liefern.

B. Beiden Theilen ist es unbenommen, sich bei ihrer Beweisführung dessen, was etwa zu ihren Gunsten in den Acten liegt, insbesondere dem Curator sich der in dem Urtheile des Stadtgerichts vom 4./9. April d. J. unter A, I a bis h hervorgehobenen Beweismomente zu bedienen und auf den Vollzug des Vertrags [16] act. 1ae sich zu beziehen, wobei

die Würdigung dieser Momente für den Beweis im Einzelnen und Ganzen vorbehalten bleibt.

C. Führt der Curator den unter A auferlegten Beweis nicht, so soll die Liquidantin zu dem Rechte der Separation an sich zugelassen sein, und bleibt für diesen Fall Erkenntniß wegen der einzelnen Posten der Liquidation, sowie bezüglich der Faustpfänder und der Kosten wegen vorbehalten.

D. Der Curator und Contradictor wird mit der von ihm in [14] act. 1[ae] erhobenen Widerklage unter Verurtheilung in die desfallsigen Kosten erster Instanz ab- und zur Ruhe verwiesen.

E. Die Kosten dieser Instanz werden verglichen.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Liquidaten unter Verurtheilung des Liquidaten in die Kosten durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 16. Juli 1863 bestätigt.**

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die erste Beschwerde des Liquidaten betrifft seine Abweisung mit der erhobenen Widerklage auf Bezahlung der durch die Activa der Handlung ungedeckt gebliebenen Schulden aus dem Sondervermögen der Liquidantin. Diese Beschwerde war zu verwerfen.

Anlangend nämlich

A. die formelle Zulässigkeit der Widerklage, so dürfte dieselbe

1. nicht nur um deswillen abgewiesen werden, weil die Forderung der Liquidantin gegen den Contradictor gerichtet sei, die Widerklage dagegen von dem Curator erhoben werde. Zwar ist es richtig, daß, wenn A in seiner Person den B und den C vertritt, und nun von D wegen dessen Forderung an B belangt wird, ihm nicht die Befugniß zusteht, wegen einer Forderung des C an D eine Widerklage wider diesen zu erheben. Das würde aber nur dann zutreffend sein, wenn der Contradictor als Stellvertreter des Cridars, der Curator dagegen als Repräsentant der Gläubigerschaft zu betrachten wäre. Allein jene Eigenschaft des Contradictors, die gemeinrechtlich von vielen als die richtige angesehen wird,

Spangenberg, in von Bülow und Hagemanns Prakt. Erörterungen, Bd. 9. Nr. XII. S. 491 flg.

ist von dem Ober-Appellationsgericht in mehrfachen Entscheidungen:

Dr. Böhmer jr. als Curator und Contradictor der Debitmasse von Jäger Sohn Wittwe w. Cath. Jäger z. S. Windecker ca. Jäger'sche Debitmasse wegen Fortsetzung der Superrevision, November 1834 *),

Strohecker ca. Strohecker, Debitmasse, April 1860 **).

nicht gebilligt und dem Contradictor eine Vertretung der Interessen der Gläubigerschaft oder einzelner Classen derselben vindicirt.

Von diesem Standpunkte aus fallen aber die gedachten Bedenken weg. Auch haben sich mehrere Juristen

Brunnemann, D. process concurs creditorum.
c. not. Stryckii Wittemb. 1693, III. § 12.
Klaperoth, Summar. Prozesse § 376.
Danz, Summar. Prozesse § 185.

für die Zulässigkeit der Verbindung einer von dem Curator erhobenen Widerklage mit dem Liquidationsverfahren wider den Contradictor ausgesprochen, und in der frankfurtischen Praxis kommt eine derartige Verbindung nicht selten vor, ohne daß deshalb formelle Bedenken erhoben wären, z. B.

Mohr'sche Nachlaß-Administration w. May'sche Debitmasse, November 1854 ***).

Ebensowenig konnte

2. der von dem Appellationsgerichte für die Verwerfung benutzte Grund, die Abweisung des Güterpflegers müsse erfolgen, weil er eine concrete Forderung der Masse gegen die Liquidantin nicht geltend zu machen habe, in Ansehung des ersten, dem Eintritt der Liquidantin in die Handlung des Cridars, entnommenen Klagegrundes für zutreffend erachtet werden. Das Verlangen des Curators, daß Liquidantin den Vertrag vom 4. April 1859 erfülle, ist nämlich eine concrete Forderung, ihre Folge würde die Heranziehung der Ehefrau zur gänzlichen

---

*) Seite 71.

**) Siehe diese Sammlung, Band V. S. 259.

***) Siehe diese Sammlung, Band I. S. 405.

oder theilweisen Bezahlung der Schulden sein, und die Realisirung eine der Masse angeblich zustehenden Vermögensrechtes steht in Frage, dessen Geltendmachung dem Güterpfleger gebührt.

Denn sein Anspruch stützt sich nicht darauf, daß die Liquidantin in Folge jenes Vertrages bereits Schuldnerin der einzelnen Gläubiger der Handlung ihres Mannes geworden sei, sondern er macht vielmehr die Rechte geltend, welche dem Cridar aus jenem Contracte an seine Ehefrau dahin zuständen, daß diese durch Bezahlung jener Schulden ihrerseits den Vertrag erfülle. Es handelt sich also um ein dem Cridar ursprünglich zustehendes Recht, welches durch den Eintritt des Concurses, wie jedes andere Vermögensrecht, auf die Gesammtheit der Gläubiger übergegangen ist.

3. Anlangend dagegen das zweite Fundament der Widerklage, die Betheiligung der Liquidantin an dem Geschäfte ihres Mannes, so war dieselbe in dieser Beziehung zu verwerfen. Hat nämlich die Liquidantin an dem Geschäfte ihres Mannes thätigen Antheil genommen, so hat sie sich damit dem Gesetze zufolge direct den Geschäftsgläubigern haftbar gemacht und ist deren Schuldnerin geworden. Soll also Liquidantin aus diesem Rechtsgrunde in Anspruch genommen werden, so steht kein Recht in Frage, welches dem Cridar gegen die Liquidantin zugestanden hätte, und nun an dessen Stelle als Forderung der Masse vom Concurscurator geltend zu machen wäre, sondern ein directes Schuldverhältniß zwischen der Liquidantin und den andern Gläubigern. Diese haben neben der Concursmasse noch eine zweite Schuldnerin und müssen als Einzeln gegen sie klagend auftreten, nöthigenfalls auch gegen sie auf Eröffnung eines Concurses über ihr Vermögen antragen. Zur Geltendmachung dieser für sich bestehenden Forderung der einzelnen Gläubiger konnte daher der jetzige Concurscurator nicht für befugt erachtet werden.

Dem Vorstehenden zufoge ist

B. die materielle Begründung der Widerklage gegenwärtig nur aus dem Gesichtspunkte der Rechtsbeständigkeit des Vertrages vom 4. April 1859 zu prüfen, und es fragt sich in dieser Beziehung

1. welchen Einfluß der Mangel einer Verlautbarung des Vertrages dem kaufmännischen Publikum gegenüber auf die Geltendmachung der Ansprüche des Liquidaten habe.

Da dem Obigen zur Folge der Grund seines Anspruchs nicht darauf beruht, daß Liquidantin bereits Schuldnerin der Geschäftsgläubiger ihres Mannes geworden sei, sondern nur auf den Verpflichtungen, welche die Ehefrau durch jenen Vertrag ihrem Manne gegenüber, in dessen Rechte seine Gläubiger eingetreten sind, übernommen hat, so mußte die gehörige Bekanntmachung des Vertrages für bedeutungslos erachtet werden, da sie nur in erster und nicht in letzter Beziehung von Erheblichkeit ist. Dies ergibt sich schon daraus, daß die contractlich übernommene Verpflichtung, den früheren Inhaber der Handlung von den Schulden zu befreien, nicht blos durch deren Uebernahme, sondern auch auf anderem Wege durch Deckung jener Ansprüche beschafft werden kann, hiefür aber es auf eine Verlautbarung des Uebernahmsvertrags offenbar nicht ankommt. Auch mußte die Ansicht, daß die Gültigkeit des Vertrages unter den Contrahenten an dessen Verlautbarung als Bedingung geknüpft sei, bis zu deren Erfüllung die Rechte der Contrahenten suspendirt wären, verworfen werden. Die Geltendmachung der Rechte des früheren Inhabers der Handlung aus dem Abtretungsvertrage sind vielmehr nur an die beiden Voraussetzungen geknüpft, daß er seinerseits den Vertrag vollständig erfüllt habe, und daß seine Gläubiger Bezahlung von ihm verlangen. Die letzte Voraussetzung ist durch die Concurseröffnung liquide gestellt, das Vorhandensein der ersteren ist von dem Liquidaten behauptet. Wäre sie erwiesen, stand also die Erfüllung fest, so hing es lediglich von dem Belieben der Mitcontrahentin ab, ob sie das Geschäft fortsetzen oder anderweit darüber verfügen wollte. Wünschte sie das Erstere, so war es ihre Sache, die Schritte zu einer gehörigen Verlautbarung zu thun; der Umstand aber, daß sie solche bis dahin unterlassen hat, kann sie von der übernommenen Verpflichtung nicht befreien. Ob sie dagegen berechtigt sein würde, dann, wenn sich ihr unüberwindliche Schwierigkeiten entgegensetzen, Handelsfrau zu werden, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, steht gegenwärtig nicht in Frage, da ein desfallsiger Einwand nicht vorgeschützt ist. Alles kommt hiernach für die Haftbarkeit der Liquidantin

2. darauf an, ob der Vertrag und zwar bereits vor Ausbruch des Concurses, indem dessen Erkennung die Unmöglichkeit einer anderweitigen Erfüllung in sich schließt, von Seiten des Ehemannes gehörig

erfüllt worden ist. Die Liquidantin hat den Einwand, daß der Vertrag nicht erfüllt sei, gehörig geltend gemacht, und insbesondere auf die Unrichtigkeit der in § 6 desselben enthaltenen Angaben über die Größe der Forderungen und Schulden der Handlung gestützt. Der Inhalt dieses Paragraphen darf aber nicht blos als eine bloße Demonstration angesehen werden, sondern bildet einen wesentlichen Bestandtheil der ganzen Vereinbarung, wodurch jedoch nicht ausgeschlossen wäre, geringe Abweichungen in Ansehung der Größe von Forderungen und Schulden außer Anschlag zu lassen. Nun hat zwar die Liquidantin die Differenz in beiden Beziehungen nicht speziell mit Zahlen bezeichnet, jedoch das Vorhandensein einer bedeutenden Abweichung behauptet; jene hat sich insbesondere zur Bekundung derselben auf die Acten, betreffend den im Jahre 1859 eingeleiteten Concurs, bezogen, woraus man ihre Einrede dahin zu ergänzen hat, zur Zeit des Vertragsabschlusses und zur Zeit der Einleitung dieses Concurses sei der Vermögensbestand annähernd der gleiche gewesen. Damals aber war bereits eine Ueberschuldung von 1919 fl. constatirt, wenn man die Illatenforderung von 9500 fl. in den Passivbestand aufnahm; ohne diese Illaten aber stellten sich die Activen nur auf 19067 fl., die Passiven dagegen auf 11486 fl., so daß sich statt eines Ueberschusses von 27,446 fl. nur ein solcher von 7581 fl. ergab. War sonach die Einwendung der Liquidantin für ausreichend substantiirt zu erachten, so mußte sie nicht minder für liquide gestellt angesehen werden. Denn der Curator hat in der Duplik jene Behauptungen nicht bestimmt in Abrede genommen, sondern nur die, dem in dem § 6 des Vertrages enthaltenen Versprechen gegenüber, unerhebliche Behauptung aufgestellt, die Liquidantin habe durch Unterzeichnung des Vertrages die Richtigkeit der damaligen Angaben anerkannt und nicht auf eine Durchsicht der Bücher und Feststellung der Anträge bestanden, eine Einlassung, welche offenbar ungenügend ist und in Folge deren die gegnerischen Angaben als zugestanden angesehen werden mußten.

Mit der Verwerfung der ersten Beschwerde ist auch die vierte beseitigt, welche eine Wiederholung der in voriger Instanz aufgestellten Beschwerde enthält und zunächst die Liquiderklärung der Widerklage aus dem Vertrag, eventuell eine Beweisauflage an Liquidantin über dessen Nichtvollziehung bezweckt. Nicht minder erledigt sich die

zweite Beschwerde, welche vornehmlich auf Herstellung des in dem ersten Erkenntniß vom 4. April 1862 unter II 1 dem Liquidaten auferlegten, den Vollzug des Vertrags vom 4. April 1859 betreffenden Beweises gerichtet ist. Wenn sich aber der Liquidat auch über die Fassung des von dem Appellationsgericht ihm auferlegten Beweises beschwert, und die Herstellung der Worte „seit wann" in II 2 des Stadgerichts=Urtheils zu verlangen scheint, so ist diese Beschwerde ohne Inhalt, da es dem Liquidaten natürlich unbenommen bleibt, den Anfangspunkt der Einmischung mitzubeweisen, wenn er es für dienlich hält.

Die dritte Beschwerde endlich betrifft die in voriger Instanz erkannte Vergleichung der Kosten, und muß verworfen werden, da der Wechsel der Erkenntnisse diese Vergleichung rechtfertigt; und die Verurtheilung des Liquidaten in die Kosten gegenwärtiger Instanz ist eine Folge der Bestätigung des vorigen Urtheils.

Auszug aus den S. 67 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Windecker ca. Jäger, Debitmasse, 1834.

Denn wenn man auch die Frage, ob der Hauptprozeß gegen Windecker von dem Appellanten als Curator oder als Contradictor zu führen war, ganz dahin gestellt sein läßt, so erscheint doch seine Behauptung, daß er in der zweiten Eigenschaft durchaus unabhängig zu handeln berechtigt sei, schon darum verwerflich, weil hier gar nicht von unmittelbaren Vorschriften und Verhaltungsregeln abseiten einzelner Gläubiger, sondern von der richterlichen Aufsicht über jene Amtsführung die Rede ist. Daß aber der Richter im Concursprozesse fortwährend gewisse administrative Rechte und Pflichten zu üben, und ganz besonders eine beständige Aufsicht über den Curator und Contradictor zu führen habe, ergibt sich theils schon aus der ganzen Natur des Concursprozesses, theils aus dem Umstande, daß die genannten Personen gerichtlich bestellt und verpflichtet werden, und ein ganz entscheidender Beweis für diese Abhängigkeit des Contradictors von der Aufsicht und den Anweisungen des Richters, welche auch überhaupt nicht bezweifelt wird,

Schweppe, System des Concurses § 90, 104.
liegt in dem eigenen Anführen des Appellanten, daß er ohne höhere Autorisation keine Vergleiche würde schließen dürfen.

Es ist sodann aber ferner unzweifelhaft, daß das Gericht bei dieser Oberaufsicht ganz besonders das Interesse der Massegläubiger wahrzunehmen, und daß es nicht blos zu erwägen habe, worin dieses Interesse bestehe, sondern auch wer von den Gläubigern bei einer bestimmten Frage wirklich interessirt sei. Zwar hat der Appellant in dieser zweiten Beziehung eingewendet, theils daß vor ergangener Locatoria an gar keine anerkannte Vorrechte eines Gläubigers vor dem anderen zu denken sei, theils daß er als Contradictor nicht einzelne, sondern sämmtliche Gläubiger, das Corps der Gläubiger, zu vertreten habe; allein der erste Grund darf da, wo ein vorläufiges freies Ermessen des Richters entscheiden muß, um so weniger in Betracht kommen, als sehr häufig auch vor ergangener Locatoria über die Rangordnung der Gläubiger weder gestritten wird, noch gezweifelt werden kann, und als namentlich in dem gegenwärtigen Debitwesen, welches mindestens schon seit dem Jahre 1831 gewährt haben muß, diese Verhältnisse gewiß nicht mehr ganz im Dunkeln liegen können. Der zweite Grund aber könnte, auch wenn er vollkommen richtig wäre, nur den Contradictor in seiner juristischen Vertretung der Gläubiger, nicht aber den Richter in seiner freien Beurtheilung beschränken. Selbst der Contradictor aber darf vernünftigerweise nicht als der Repräsentant solcher Gläubiger betrachtet werden, von denen es bereits mit Gewißheit erhellt, daß sie in diesem Concurse keine Befriedigung zu hoffen haben, sondern kann bei den vielen im heutigen Concursprozesse gewöhnlichen Privilegien und Abstufungen unter den Gläubigern sehr leicht in den Fall kommen, nur eine einzelne Classe von Gläubigern vertreten zu müssen.

Noch weniger kann es einem Bedenken unterliegen, daß der Richter sich von dem wahren Interesse der Gläubiger auch durch Erforschung ihrer eigenen Ansichten überzeugen dürfe, wobei es denn natürlich ganz gleichgültig ist, ob er sie unmittelbar vernimmt, oder dem Contradictor aufgibt, ihre Erklärungen beizubringen. Daß aber der Widerspruch der wirklich betheiligten Gläubiger gegen die Fortsetzung eines Prozesses durch den Contradictor in der Regel zu be-

rücksichtigen sei, ergibt sich nicht nur aus dem Prinzip: Invitis negotia non geruntur, indem der Contradictor zwar nicht als Mandatar, aber doch als negotiorum gestor der Creditoren zu betrachten ist, sondern auch aus der Verpflichtung der Gläubiger, die Kosten des Prozesses, sei es durch Abzug derselben an der Masse, oder durch Zuschüsse aus eigenen Mitteln, zu tragen.

340.

G. F. D., Kläger und Appellat, gegen seine Ehefrau F. F. P. U. D., geb. F., Beklagte und Appellantin, Ehescheidung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 24. September 1863.

I. Das Gesetz vom 19. November 1850 läßt in § 15 sub 3 die gerichtliche Scheidung einer Ehe „wegen beharrlicher, schuldhafter Verweigerung der ehelichen Beiwohnung" zu. Man darf annehmen, daß diese allgemein gehaltene Vorschrift sich an das, denselben Scheidungsgrund anerkennende protestantische Eherecht anschließe, und aus ihm seine nähere Erklärung zu finden habe. Die Doctrin und Praxis des protestantischen Eherechts ist aber stets davon ausgegangen, daß die Verweigerung der ehelichen Pflicht nur dann einen Scheidungsgrund abgebe, wenn sie auf einem hartnäckigen, voraussichtlich auch für die Zukunft nicht zu brechenden Willen des schuldigen Ehegatten beruhe, und hat es daher nicht für genügend erachtet, daß eine der Anstellung der Klage vorausgehende längere Verweigerung constatirt werde, vielmehr gefordert, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, wie in dem analogen Fall der böslichen Verlassung, ergangener Mahnungen und richterlicher Befehle ungeachtet, auch während des Scheidungsverfahrens fortgesetzt, also eine förmliche contumacia bethätigt werde.

Vergl. J. H. Böhmer, jus eccles. Prot. Lib. IV. tit. 19. § 32, 33.

Vergleicht man hiermit den vorliegenden Fall, und berücksichtigt zugleich, daß die Acten von einem unter den Parteien angestellten

Güteversuch nichts ergeben, so könnte der Zweifel aufgeworfen werden, ob die Führung des dem Kläger in dem stadtgerichtlichen Interlocut vom 12. März 1862 auferlegten Beweises nicht etwa blos als Grundlage habe dienen sollen, um gegen die Beklagte, welche gänzlich leugnet, sich ihrer Pflicht entzogen zu haben und sich zur Fortsetzung des ehelichen Lebens bereit erklärt hat, mit Mahnungen und richterlichen Befehlen einzuschreiten. Wäre indessen das Stadtgericht von dieser Ansicht ausgegangen, so würde sie in dem Interlocut um so mehr einen Ausdruck gefunden haben, als der Kläger lediglich auf Scheidung geklagt und nirgends Anträge gestellt hatte, seine Frau vorerst zu ihrer Pflicht anzuhalten. Statt dessen wird in den Erwägungsgründen einfach gesagt, der Kläger habe seine „auf Ehetrennung gerichtete Klage" auf die Behauptung schuldhafter und beharrlicher Verweigerung der ehelichen Beiwohnung gegründet und habe den Beweis des geleugneten „Klagegrundes" zu übernehmen, ohne irgend etwas davon zu erwähnen, daß der Klagbitte auch nach geführtem Beweise nicht sofort stattgegeben werden könne. Auch spricht die Fassung des Beweissatzes selbst, wonach neben einander eine „beharrliche" und „seit längerer Zeit" bekundete Weigerung der Beklagten zu erweisen war, dagegen, daß nur ein Vorbereitungsstadium des Scheidungsverfahrens begründet werden sollte. Es fehlt daher an einem Grunde, eine Abweichung von der gewöhnlichen Bedeutung eines Beweisurtheils vorauszusetzen, und es muß vielmehr als rechtskräftig festgestellt angesehen werden, daß die Führung des Beweises die Scheidung der Ehe ohne weiteres Zwischenverfahren zur Folge haben sollte, und daß der Beweis in dem Inhalt der Klage seine genügende thatsächliche Grundlage habe.

Geht man hiervon aus, so muß folgeweise, da eine entschiedene Abweichung von dem gesetzlichen Charakter des fraglichen Ehescheidungsgrundes nicht unterstellt werden darf, der Sinn des Beweissatzes dahin aufgefaßt werden, es habe Kläger eine so hartnäckig fortgesetzte Weigerung zu erweisen, daß daraus der feste und unabänderliche Wille der Beklagten, sich der ehelichen Pflicht auch fernerhin zu entziehen, gefolgert werden könne. Damit stimmt nicht blos die schon hervorgehobene Fassung des Beweissatzes überein, sondern es fehlt dafür auch nicht an thatsächlichen Anhaltspunkten in der Klagschrift. Es ist daselbst eine, längere Zeit und bis zur Anstellung der Klage, aller

Ermahnungen und Aufforderungen ungeachtet, fortgesetzte Weigerung der ehelichen Beiwohnung behauptet, und wenn auch zu berücksichtigen ist, daß nach der nicht widersprochenen Angabe der Beklagten das von ihr geborne Kind zu Anfang des Jahres 1862 neun Monate alt war, von einer schuldhaften Verweigerung daher überhaupt erst für die nachfolgende Zeit die Rede sein konnte, so bleibt doch hierfür noch ein Zeitraum von 5 bis 6 Monaten vor angestellter Klage übrig. Außerdem finden sich in der Klage auch noch zwei für die Intensität des Willens der Beklagten sehr erhebliche Behauptungen, einmal: die Beklagte habe die mehrmaligen Aufforderungen des Klägers mit dem Bemerken abgewiesen, er könne zur Befriedigung seines Verlangens hingehen, wohin er wolle, selbst zu öffentlichen Dirnen; sodann: es habe sich bei ihm in Folge der fortgesetzten Weigerung seiner Frau eine bis zum Lebensüberdruß gesteigerte Melancholie eingestellt.

II. Muß die Beweisauflage in der angegebenen Weise verstanden werden, so ist derselben durch den vom Kläger geführten Beweis in keiner Weise entsprochen worden.

1. Allerdings hat der Zeugenbeweis eine Wahrscheinlichkeit für mehrmalige Verweigerung der ehelichen Beiwohnung geliefert. — — — —

Faßt man diese Zeugenaussagen zusammen, so geht daraus so viel als wahrscheinlich hervor, daß die Beklagte seit überstandenem Wochenbett sich wiederholt in einer Weise geäußert hat, welche auf eine mehrmalige Verweigerung ihrer ehelichen Pflicht schließen läßt und eine Abneigung gegen deren Erfüllung bekundet.

2. Mit diesem Ergebniß wird aber der Beweisauflage nicht genügt. Es erscheint schon mißlich, auch den einzelnen ziemlich allgemein gehaltenen Aeußerungen der Beklagten allein einen bestimmten Rückschluß auf einen ernstlich von ihr geleisteten Widerstand zu machen, während über das persönliche Verhalten der beiden Eheleute zu einander, darüber, ob und wie oft entschiedene Anforderungen des Klägers ergingen und in welcher Weise denselben von der Beklagten begegnet wurde, jede nähere Aufklärung fehlt. Jedenfalls aber sind dafür, daß die Weigerung der Beklagten während längerer Zeit gleichmäßig fortgesetzt worden sei, und sich als eine auf festem Entschluß beruhende, als intensiv beharrliche kundgegeben habe, erhebliche Beweismomente überhaupt nicht geliefert worden.

Die Zeugenaussagen ergeben nur, daß die Beklagte sich öfters geäußert habe, sie wolle keine Kinder mehr haben, sie lasse sich mit ihrem Manne gar nicht mehr ein. Es bleibt dagegen völlig ungewiß, wie oft und in welchen Zwischenräumen solche Aeußerungen vorgekommen sind. Sie können eben so gut in die weniger Tage zusammengefallen sein, als Wochen oder Monate auseinander gelegen haben. Die mehrmalige Wiederholung kann aber, mochten die Aeußerungen noch so ernstlich sein, für sich allein in keiner Weise den Schluß rechtfertigen, daß die Beklagte auch gegen fortgesetzte Aufforderung des Mannes und Vorstellungen der Angehörigen unzugänglich geblieben wäre. Wenn der im Beweisinterlocut gebrauchte Ausdruck „längere Zeit“ sich, wie oben bemerkt, auf die Zeit von 5 bis 6 Monaten begrenzt, so hätte doch, um die Weigerung als eine dauernde bezeichnen zu können, erwiesen werden müssen, daß der Widerstand der Beklagten während des größten Theiles jenes Zeitraumes und bis zur Anstellung der Klage ununterbrochen bethätigt worden sei. Die Hauptzeugin J. und die beiden Schwestern des Klägers geben jedoch gar keinen Zeitpunkt für die von ihnen vernommenen Aeußerungen der Beklagten an; und die Mutter des Klägers bemerkt, daß, als die Beklagte ihr gestanden habe, mit dem Kläger nicht mehr in geschlechtlicher Gemeinscheinschaft zu leben, das Kind derselben bereits 7 Monate alt gewesen sei, wonach dieser Vorgang und was sich daran anknüpfte, nur in die kurze Zeit der letzten 2 Monate vor der Klage gefallen sein kann. Deßhalb verliert denn auch die Angabe dieser Zeugin, daß sie ihrer Schwiegertochter vergebliche Vorstellungen gemacht habe, die einzige Angabe, welche überhaupt ein Indicium für Beharrlichkeit der Beklagten angeben könnte, jede Erheblichkeit.

Sodann ist zu berücksichtigen, daß andere Umstände, welche neben der Dauer der Weigerung auf die feste Beharrlichkeit der Beklagten schließen lassen könnten, z. B. die Behauptungen der Klage, daß die Beklagte den Kläger an öffentliche Dirnen verwiesen und ihre Weigerung auch nach bemerkter Melancholie des Klägers noch fortgesetzt habe, gar nicht Gegenstand des geführten Beweises geworden sind, indem das ärztliche Attest über den Zusammenhang der Melancholie des Klägers mit der Störung seines ehelichen Lebens nichts ergibt.

Endlich aber kommt sehr erheblich in Betracht, daß die Beklagte

eine junge Frau ist, welche im Frühjahr 1862 zum ersten Mal geboren hat, und daß alle von den Zeuginnen referirten Aeußerungen derselben in eine der Niederkunft noch ziemlich nahe liegende Zeit fallen. Die von ihr bekundete Abneigung noch mehr Kinder zu bekommen, kann daher — auch wenn sie nicht 4 Monate krank gewesen sein sollte, wie sie behauptet — sehr leicht ihre Hauptursache in dem nachwirkenden Eindruck des erduldeten Ungemachs gehabt haben, und der Inhalt der fraglichen Aeußerungen macht dies sogar wahrscheinlich. Danach konnte aber um so eher darauf gerechnet werden, daß die Weigerung der Beklagten nur eine vorübergehende sein werde.

Da der Mangel des geführten Beweises darauf beruht, daß die darin zur Sprache gebrachten Thatsachen, auch wenn sie in volle Gewißheit gesetzt wären, nicht geeignet sein würden, einen Schluß auf solche Beharrlichkeit des Willens der Beklagten, wie sie hier erforderlich wäre zu ergründen, so war die Lage der Sache auch nicht zur Auferlegung eines nothwendigen Eides geeignet.

III. Der Kläger hat nun zwar in seiner Beweisantretung sich eventuell auch noch der Eidesdelation über die Negative des Beweissatzes bedient. Wenn indessen schon gemeinrechtlich die Frage, ob die Eideszuschiebung über eine Ehescheidungs-Ursache statthaft sei, höchst zweifelhaft ist, so muß dieselbe für Frankfurt jedenfalls verneint werden, da die Beweisaufnahme durch Eidesdelation ohne die Möglichkeit eines in Contumacialfällen zu fingirenden Geständnisses nicht ausführbar sein würde, einem solchen aber die Vorschrift im Art. 35 der provisorischen Prozeß-Ordnung entgegensteht; wie denn aus diesem Grunde auch schon die bisherige Praxis der Frankfurter Gerichte sich der verneinenden Ansicht angeschlossen zu haben scheint.

Vergl. Bender, Handbuch des Proz. § 57.

Unter diesen Umständen blieb nichts übrig, als der prinzipalen Beschwerde der Beklagten gemäß die erhobene Klage, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz, abzuweisen; wodurch selbstverständlich solchen Anträgen des Klägers, die darauf gerichtet werden sollten, die Beklagte zur ihrer ehelichen Pflicht anzuhalten, nicht präjudicirt wird.

Die Compensation der Kosten voriger und jetziger Instanz rechtfertigt sich durch den Wechsel der Erkenntnisse.

341.

W. H. Beyerbach und **M. C. Rödiger**, geb. Beyerbach, Kläger, gegen die Wittwe von **Philipp Carl Beyerbach**, Louise, geb. Aßmann, Beklagte, den Nachlaß des genannten Philipp Carl Beyerbach betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 17. Juni 1861.

1. Der am 6. Juli 1860 verstorbene hiesige Bürger und Handelsmann Philipp Carl Beyerbach hatte in seinem Testamente verfügt:

§ II. Zu Erben meines dereinstigen Nachlasses setze ich ein:

1. meine beiden Kinder erster Ehe, nämlich:
   a) Frau Christine Rödiger, Ehefrau des Handelsmanns Jacob Rödiger zu Offenbach;
   b) meinen Sohn Wilhelm Beyerbach;
2. meine Tochter zweiter Ehe, Charlotte Beyerbach;
3. meine dermalige zweite Ehegattin, Louise Beyerbach, geb. Aßmann.

§ III. Meine zweite Ehefrau soll ein Kindestheil erhalten.

Meine beiden Kinder erster Ehe sollen jedoch ihren Kindestheil nicht voll erhalten, vielmehr setze ich dieselben hiermit auf den Pflichttheil.

Meine Tochter zweiter Ehe, Charlotte Beyerbach, soll ihren vollen Kindestheil und außerdem Alles dasjenige erhalten, was durch die Setzung meiner beiden Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil und meiner zweiten Ehefrau auf den Kindestheil an Vermögen frei wird und übrig bleibt.

2. Derselbe hatte, laut Urkunde vom 8. April 1858, seiner zweiten Ehefrau in Anerkennung der ihm von derselben, sowohl in

der Führung seines Geschäftes als auch sonst in jeder Hinsicht gewährten Unterstützung und namentlich auch während seines öfteren Unwohlseins auf das Sorgfältigste geleisteten Pflege, 4 Frankfurter Bankactien von je fl. 500 geschenkt.

3. Derselbe hatte am 19. Februar 1859 seine zweite Ehefrau das Haus Nr. 5 in der Blumenstraße (Gew. IX Nr. 258m) für fl. 21,500 kaufen und dasselbe ihr allein währen lassen, wobei der Kaufpreis durch Uebernahme der darauf haftenden Hypothek von fl. 12,000 Seitens der Käuferin und durch Bezahlung mit fl. 9500 aus dem gemeinschaftlichen Vermögen berichtigt worden.

4. Am 2. August 1860 trat die Wittwe Beyerbach für sich und ihr minderjähriges Kind den Nachlaß ihres Mannes auf Grund des erwähnten Testamentes bei Stadtgericht II mit der Rechtswohlthat des Inventars an; und am 30. August 1860 bezogen sich die Beyerbach'schen Kinder erster Ehe, rücksichtlich ihres mütterlichen Nachlasses, auf ihre bereits factisch stattgehabte Antretung und erklärten, vorsorglich auch ausdrücklich, daß sie denselben angetreten haben wollten; und am 3. und 15. November 1860 erklärten dieselben, mit Verwahrung gegen die gesetzwidrigen Verfügungen ihres Vaters, daß sie dessen Nachlaß aus dem Testamente anträten.

5. Jetzt klagen die beiden Beyerbach'schen Kinder erster Ehe auf Nichtigerklärung der zu ihrem Nachtheile von ihrem Vater ihrer Stiefmutter unter Lebenden und von Todes wegen gesetzwidrig verschafften Vortheile und beantragen zu erkennen,

I. daß die Verfügung des väterlichen Testamentes, nach welchem die Wittwe Beyerbach ein Kindestheil, die Kinder erster Ehe aber nur den Pflichttheil erhalten sollen, sowie die Schenkung vom 8. April 1858 zu Recht nicht bestehen, daß vielmehr den Kindern erster Ehe das, was der Wittwe zuviel zugewendet werden wollte, zugefallen sei und daß mithin jedes der beiden Kinder erster Ehe seinen Pflichttheil oder 8/72 und noch überdem die Hälfte dessen, was Wittwe Beyerbach zuviel erhalten sollte, also 5/72 zu erhalten habe, und daß den beiden erstehelichen Kindern überdem die in der Schenkungsurkunde vom 8. April 1858 bezeichneten vier Frankfurter Bank-Actien von Wittwe Beyerbach herauszugeben, eventuell deren Courswerth zur Zeit der

Schenkung, ganz eventuell der höchste Courswerth derselben von der Zeit der erhobenen Klage bis zur Auslieferung zu ersetzen sei;

II. daß den Klägern Zinsen und Nutzungen aus ihrem Erbtheil, sowie aus den gedachten Bankactien vom Todestage ihres Vaters, 6. Juli 1860, an gebühren;

III. daß die Behausung Nr. 5 der Blumenstraße (Gew. IX Nr. 258^{m}) zur Errungenschaft zweiter Ehe gehöre und daher Theilungs halber zu versteigern sei;

IV. die Beklagte alle Kosten zu ersetzen habe.

6. Die Beklagte sucht ad I darzuthun, daß ihr Ehemann durch die testamentarische Verfügung, nach deren Wortlaut und Sinn ihr nicht mehr als jedem Kinde erster Ehe zugedacht habe. Sie meint, der für sie bestimmte Kindestheil sei nur dem einem jeden Kinde erster Ehe zugedachten Pflichttheile gleich zu erachten; indem der für ihr Erbtheil gebrauchte Ausdruck Kindestheil nichts anderes bedeuten sollte, als den Erbtheil, welchen die Kinder erster Ehe erhalten sollten, also einen Pflichttheil; eventuell habe das ihr zugedachte Zuviel nach der Bestimmung des Testamentes nicht den Kindern erster Ehe, sondern nur ihrem Kinde zuzufallen; eventuell sei dasselbe unter sämmtliche Kinder erster und zweiter Ehe gleichmäßig zu vertheilen und berechnet für jedes der Kinder erster Ehe und für sich $^{1}/_{9}$ und für ihr Kind $^{6}/_{9}$ des Nachlasses. Die Schenkung der vier Bankactien habe in der That längst vor Ausstellung der darüber sprechenden Urkunde an sie stattgefunden; sie sei rechtsgültig, da weder Zwang noch Betrug dabei unterlaufen, die Vermögensverhältnisse sie gestatteten und zumal da sie remuneratorischer Natur gewesen, und keinesfalls habe der betreffende Gegenstand den Kindern erster Ehe zuzufallen.

Ad II behauptet die Beklagte: Daß, wenn auch in der Regel nach der Reformation binnen 14 Tagen und nach der Praxis binnen vier Wochen nach dem Ableben des Wiederverehelichten mit den Stiefkindern abgetheilt werden solle, doch so lange, als wegen des bestehenden Prozesses keine Erbtheilung erfolgen könne, der gesammte Nachlaß eine ungetheilte Masse bilde, welche der Erblasser repräsentire, und gleich diesem den Zinsengenuß habe; eventuell könnten die Kläger erst von ihren Erbantretungen an, also hinsichtlich ihres mütterlichen Vermögens

vom 1. September 1860 an und ihres väterlichen Vermögens vom 15. November 1860 an, Zinsen verlangen; eventuell könne sie für die Aufbewahrung der Masse etwas in Anspruch nehmen und jedenfalls gebührten ihr die Dividenden der ihr eigenthümlichen vier Bank-Actien.

Ad III. Gegen ihr ausschließliches Eigenthum an der Behausung Nr. 5 in der Blumenstraße sei umsoweniger etwas einzuwenden, da in der Vermögensgemeinschaft sich ihr Illatum und ihr Errungenschaftsantheil befunden habe, woraus die Angabe ad 9500 fl. habe bestritten werden können und sie vollkommen damit einverstanden sei, daß dieser Betrag in der Theilung als zur Nachlaßmasse gehörig betrachtet und ihr auf ihr Illatum, ihre Errungenschaftshälfte und ihr Erbtheil angerechnet werde.

Demnach bitte sie

ad IV um Abweisung der Klage unter Verurtheilung der Kläger zum Kostenersatz.

In Erwägung nun,

1. daß l. 6. Cod. V. 9. und Nov. 22. Cap. 27. nach der übereinstimmenden Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer

Glück, Bd. 24. S. 153.
Wening-Ingenheim, Civilrecht IV. § 65. (3. Aufl.)
Thibaut, System (7. Aufl.) § 393.
Holzschuher, I. S. 653. ad. 1. b.
Puchta, Pand. (8. Aufl.) § 428.
Vangerow, Pand. (6. Aufl.) S. 487.
Sintenis, Bd. VII. S. 38.

verbieten, daß ein zur zweiten Ehe geschrittener Ehegatte dem anderen, sei es unter Lebenden oder auf den Todesfall, mehr zuwende, als ein Kind erster Ehe, und zwar das am wenigsten bekommende, von ihm erhält; und verordnen, daß das dem zweiten Gatten hiernach zuviel Gegebene oder Zugedachte an die Kinder erster Ehe, und zwar zu gleichen Theilen fallen soll; und die hierauf bezüglichen Stellen unserer Reformation, Theil III. Tit. 4. 3. Tit. 5, hierüber nichts Entgegengesetztes bestimmen.

2. Daß die Eingangs angeführte testamentarische Verfügung nach Wortlaut und Sinn nicht anders ausgelegt und verstanden werden

kann, als daß der Erblasser seiner Wittwe, der Beklagten, einen vollen Kindestheil, seinen Kindern erster Ehe, den Klägern, aber nur den Pflichttheil verschafft hat; und daß der den Klägern hiernach durch das Gesetz erwachsene Anspruch auf dies der Beklagten zuviel Zugedachte weder dadurch beseitigt werden kann, daß die Beklagte erklärt, sie wolle unter dem ihr zugedachten Kindestheil nur ein Pflichttheil verstanden wissen, noch auch durch Berufung auf die weitere testamentarische Anordnung, daß Alles, was durch die Setzung der Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil und der Wittwe auf den Kindestheil an Vermögen übrig bleiben werde, dem Kinde zweiter Ehe zufallen soll, indem diese testamentarische Anordnung sich offenbar gar nicht eventuell auf die fragliche Differenz bezieht und überdies diese Differenz durch das Gesetz einer jeden anderen testamentarischen Disposition als zu Gunsten der Kinder erster Ehe geradezu entzogen ist;

3. daß die Schenkung der vier Frankfurter Bank-Actien, gleichgültig ob sie früher oder erst mit Ausstellung der Urkunde vom 8. April 1858 stattgefunden, nach Anleitung der Bestimmungen der Reform Theil III. Tit. 5 und in Betracht der hier einschlagenden Vermögensverhältnisse, keinem Anstande unterliegen würde, falls etwa der Erblasser im Uebrigen seinen Kindern, selbst mit Concurrenz der Wittwe, volle Kindestheile hinterlassen hätte; in Erwägung aber, daß er den Kindern erster Ehe nur den Pflichttheil zugedacht hat, bei dieser Schenkung der in § 3 des Tit. 5. Thls. III. der Reform vorgesehene „beschwerliche Nachtheil und Abbruch“ der Kläger klar zu Tag liegt; und demnach dieselbe gerade so wie das zuviel Vermachte beurtheilt und behandelt werden muß;

4. das Alleineigenthum der Beklagten an dem Hause Nr. 5 der Blumenstraße unter der von derselben zugestandenen Bedingung, daß die darauf bezahlte Angabe von 9500 fl. als zum Gesammtvermögen gehörig betrachtet und sie für ihr Illatum, 1/2 Errungenschaft und Erbtheil mit darauf angewiesen werde, nach

Souchay, Anmerkungen zur Reform. III. 6. § 2. 6. 7. II. 3. § 13.

keinem Anstande unterliegen kann;

5. in Erwägung, daß die Nutznießung des Erblassers an dem mütterlichen Vermögen der Kläger mit dessen Tod gesetzlich erloschen ist,

eine solche an dem väterlichen Vermögen derselben aber weder der Wittwe noch dem zweitehelichen Kinde jemals zugestanden; demnach mögen die Antretungen auch erst später erfolgt sein und mag die Theilung selbst geschehen, wann sie will, der Theilungstag immerhin auf den Todestag des Erblassers (6. Juli 1860) anzunehmen ist und jedem Betheiligten die Nutzungen aus den ihm angewiesenen Posten besonders zuzurechnen sind;

6. nach all diesem aber die Vertheilung des in Rede stehenden Nachlasses weder nach der von den Klägern, noch nach den von der Beklagten aufgestellten Proportionen geschehen kann, vielmehr vor allen Dingen lediglich zum Zweck der Ausrechnung eines Pflichttheils eine Intestaterbtheilung aufgestellt werden muß, wobei der 6. Juli 1860 als Theilungstag, die vier Frankfurter Bank-Actien, sowie die Angabe auf das Haus Nr. 5 in der Blumenstraße als zur gemeinsamen Erbmasse gehörig anzunehmen und eine Statutarportion der Wittwe abzurechnen ist — und wenn auf diese Weise der Betrag eines Intestat-Kindestheiles und sodann durch Division mit 3 der Betrag eines Pflichttheiles gefunden worden; weiter zu sagen ist: der Wittwe ist zugedacht: ein Kindestheil = 1/4 des ganzen väterlichen Nachlasses (wobei die vier Bank-Actien nicht als zur Erbmasse gehörig anzunehmen sind, aber auch keine Statutarportion in Abzug zu bringen ist) nebst dem Betrag der vier Bank-Actien; sie darf aber nur erhalten den Betrag eines Pflichttheils; und es ist demnach die Differenz zwischen dem der Wittwe zugedachten Gesammtbetrag und dem Pflichttheil den beiden Kindern erster Ehe jedem zur Hälfte zuzutheilen und es haben demnach zu erhalten:

a) die Wittwe (abgesehen von ihrem Illatum und der ihr gesetzlich als Eigenthum gehörigen halben Errungenschaft) den Betrag eines Pflichttheiles,
b) jedes Kind erster Ehe den Betrag eines Pflichttheiles nebst der Hälfte der Differenz zwischen dem der Wittwe Zugedachten und dem ihr gebührenden Pflichttheil,
c) das Kind zweiter Ehe alles Uebrige.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Die Verfügung des väterlichen Testamentes, wonach die Beklagte ein Kindestheil, die Kläger aber nur den Pflichttheil

erhalten sollen, sowie die Schenkung der vier Frankfurter Bank-Actien kann zu Recht nicht bestehen, vielmehr ist das, was der Wittwe über den Betrag eines Pflichttheiles der Kinder erster Ehe zugewendet werden wollte, diesen beiden Kindern erster Ehe, jedem zur Hälfte, zugefallen — und ist bei der Theilung nach Anleitung der Entscheidungsgründe sub 6 zu verfahren.

II. Die vom 6. Juli 1860 an entstandenen Zinsen und Nutzungen sind den Erben nach dem Verhältniß ihrer verschiedenen Anweisungsposten zuzutheilen.

III. Mit dem Antrag auf Anerkennung, daß die Behausung Nr. 5 der Blumenstraße zur Errungenschaft zweiter Ehe gehöre und daher Theilungs halber zu versteigern sei, werden die Kläger abgewiesen — und in Betreff dieses Gegenstandes auf das Zugeständniß der Beklagten und auf den Inhalt der Entscheidungsgründe sub 4 und 6 verwiesen, wonach das Haus als Alleineigenthum der Beklagten, der Betrag der mit 9500 fl. gemachten Angabe aber als zur Gesammtnachlaßmasse gehörig zu betrachten ist.

IV. Die Beklagte hat den Klägern ¾ der Prozeßkosten, nach gerichtlicher Feststellung derselben, zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 28. October 1861.

Auf beiderseitige Appellation.

Die Beurtheilung der von beiden Streittheilen gegen das Urtheil des Stadtgerichts vom 17. Juli d. J. erhobenen Beschwerden hängt im Wesentlichen von Beantwortung der Frage ab:

ob und inwieweit der am 6. Juli 1860 verstorbene Erblasser der Parteien, Handelsmann Philipp Carl Beyerbach, durch seinen letzten Willen vom 9. April 1858, den Schenkungsact vom 8. April 1858 an seine zweite Ehefrau, die Beklagte, und in Folge des Kaufactes vom 9. Februar 1859 seiner zweiten Ehefrau mehr als gesetzlich zulässig, zugewendet hat?

Die Vorschriften der

Reform. III. Tit. 4, § 2—4. V. Tit. 4, § 6,

welche den Ehegatten bezüglich der Zuwendungen an seinen zweiten Ehegatten beschränken, sind dem römischen Rechte entnommen, daher zunächst aus diesem zu erklären und zu ergänzen.

Es besteht darüber unter den Romanisten kein Zweifel, daß nach

L. 6 C. secundis nuptiis (5, 2) Nov. 22 Cap. 27.

der zur zweiten Ehe geschrittene Ehegatte seinem zweiten Ehegatten in keiner Weise, sei es mittelst Schenkung unter Lebenden oder letztwilliger Verfügung, mehr aus seinem nach der Zeit des Todes zu berechnenden Vermögen zuwenden soll, als Ein Kindestheil, d. i. als demjenigen Kinde erster Ehe zukommt, welches den Pflichtheil oder das Wenigste darüber hinaus erhält.

Auch darin stimmen diese Rechtslehrer, mit Ausnahme des von Vangerow und Anderen widerlegten Becher, überein,

daß, was sich nach Einrechnung alles dem Stiefparens durch die Freigiebigkeit des verstorbenen Ehegatten Zugewendeten in das gesetzliche Maximum (Kindstheil) als über dieses hinaus gegeben, berechnet, lediglich den Kindern erster Ehe, ohne Betheiligung der Kinder zweiter Ehe und der zweiten Ehefrau, zufallen soll,

zu vergleichen außer den unter 1 des stadtgerichtlichen Urtheils angeführten Schriftstellern

Mühlenbruch, Lehrbuch der Pandekten. ed. 3. III. Bd. S. 67,

Marezoll, in Linde Zeitschrift, 5. Bd. S. 371,

Göschen, Vorlesungen, III. Bd. S. 107.

Arndts, Pandekten, S. 655.

Die Ausleger unserer Reformation verstehen deren oben angeführte Vorschriften nicht anders und wollen die gemeinrechtlichen Strafbestimmungen zu Gunsten der erstehelichen Kinder angewendet wissen; zu vergleichen

Orth, Anmerkungen, S. 549—565,

Derselbe, 2. Fortsetzung, S. 39—41,

Adlerflycht, Privatrecht, II. Bd. S. 768,

Bender, Handbuch, S. 78.

Souchay, Anmerk. II. Bd. S. 600, 694.

Nur insofern Schenkungen unter Ehegatten nach den besonderen Bestimmungen, welche die

Reform. III. Tit. 5

hierüber enthält unter Umständen als gültiger Weise erfolgt anerkannt werden können und daher nicht mehr zu dem Nachlaßvermögen gehören, hat nach der übereinstimmenden Ansicht der oben angeführten Schriftsteller die Modification einzutreten, daß dergleichen für gerechtfertigt erkannte Schenkungen bei Berechnung des zuviel Zugewendeten nicht in Betracht kommen.

cf. Orth, 2. Fortsetzung, S. 41, 648,
Adlerflycht, l. c. S. 768,
Bender, l. c. S. 45, 78,
Souchay, l. c. S. 600, II.

Ueber die Gültigkeit der Schenkungen unter Ehegatten entscheidet nach

Reform. III. Tit. 5, § 3,

das richterliche Ermessen auf Grund der ebenda aufgestellten allgemeinen Regeln.

Hiernach darf, wenn Kinder vorhanden sind, die Schenkung nicht „zu deren beschwerlichen Nachtheil und Abbruch" gereichen, so daß eine Verkürzung des Pflichttheils durch eine solche Schenkung unstatthaft erscheint.

Orth, 2. Fortsetzung, S. 57,
Adlerflycht, l. c. S. 791,
Bender, l. c. S. 45.

Wird ein in der Ehe erkauftes Immobile dem anderen Ehegatten gewährt und zugeschrieben, so liegt in diesem Acte, wozu der andere Theil consentirt hat, an und für sich nach der richtigen von

Adlerflycht, 1. Bd. S. 271,
Souchay, l. c. II. Bd. S. 609, I. Bd. S. 120

begründeten Ansicht keine Schenkung, und während allerdings für das Eigenthum an einem solchen Immobile nach

Reformat. III. Tit. 6. § 2. II. Tit 3. § 14,
Orth, Anmerkungen, S. 369,
Souchay, l. c. S. 961,

die Währschaft entscheidet, mithin auch ein etwa später erhöhter Werth des Objects nur dem Eigenthümer zunächst, wie diesen auch die spätere Verringerung des Werthes allein trifft,

Orth, 2. Fortsetzung, S. 561, 688,
Adlerflycht, l. c. S. 478,

bleibt der aus dem Gesammtvermögen gezahlte Kaufpreis eine zu verrechnende Schuld des Eigenthümers an dieses Vermögen, resp. die Nachlaßmasse des anderen Ehegatten. Bei Anwendung der vorstehenden Rechtssätze auf die unbestrittenen factischen Verhältnisse des Falles beantwortet sich die oben gestellte Frage wie folgt:

1. Das Haus Nr. 5 in der Blumenstraße ist ausweislich des Kaufbriefs [4] Act 1te am 19. Februar 1859 in währender Ehe von der Beklagten erkauft, die Angabe mit 9500 fl. aus dem in der Hand des Erblassers befindlichen Gesammtvermögens der Beyerbach-schen Eheleute zugestandenermaßen berichtigt worden, die Währschaft des Hauses aber der Beklagten allein erfolgt. Enthält nach der oben begründeten Ansicht diese einseitige Währschaft an und für sich keine Zuwendung des Erblassers an seine Ehefrau aus Liberalität, weder bezüglich des erkauften Objects noch der Angabe von 9500 fl., und haben die Kläger zur Begründung eines solchen Actes der Liberalität sonstige bestimmte thatsächliche Momente nicht anzuführen vermocht, während die Beklagte in [b] Act 1te S. 46 ihre Verpflichtung, sich die Angabe bei der Theilung anrechnen zu lassen, sofort anerkannt hat, so kann überhaupt nicht davon die Rede sein, das fragliche Haus oder die Angabe von 9500 fl. als Object einer für ungültig zu erklärenden Schenkung unter den Beyerbach'schen Ehegatten in Betracht zu ziehen.

Muß im Gegentheil der mit Consens des Ehemannes vorgenommene Währschaftsact (cf. die Inscription auf dem Kaufpriefe [4]) überall als zu Recht beständig gelten, so tritt auch die oben bezeichnete rechtliche Folge einer solchen einseitigen Währung des Alleineigenthums der gewährten Ehefrau an dem Immobile, dessen Zuwachs und Wertherhöhung von selbst ein und erscheint mithin der Antrag der Kläger, worauf deren erste Beschwerde gerichtet ist, das fragliche Haus für errungenes Gut zu erklären und der Versteigerung behufs der Theilung zu unterwerfen, ungerechtfertigt.

2. In Betreff der Verfügung im § III des Beyerbach'schen Testaments [3] act. 1^{ae} hat sich das Stadtgericht in zwei seiner Erwägungen dahin ausgesprochen:

es könne dieselbe nicht anders ausgelegt und verstanden werden, als daß er, Erblasser, seiner Wittwe einen vollen Kindestheil, d. i. ein Viertheil des Vermögens verschafft, während derselbe seine Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil gesetzt habe,

demgemäß hierin eine unerlaubte Zuwendung erkannt, in I seiner Entscheidung die Verfügung insoweit für ungültig erklärt und das zuviel Zugewendete den Kindern erster Ehe zugesprochen. Diese Folge der gesetzwidrigen Zuwendung ist nach den oben erörterten gesetzlichen Bestimmungen überall für gerechtfertigt zu erachten und kann mithin den eine anderweite Vertheilung des zuviel Gegebenen bezweckenden eventuellen Anträgen der ersten Beschwerde der Beklagten in keiner Hinsicht stattgegeben werden. Daß aber die Bestimmung § III des Testaments in der That eine unzulässige Liberalität des Erblassers an seine zweite Ehefrau enthält, geht schon aus der Fassung dieses Paragraphen im Zusammenhang mit dem § II derselben Urkunde hervor. Denn nachdem der Testator im § II vier Personen, seine drei Kinder und seine zweite Frau, als Erben seines Nachlasses eingesetzt hat, geht er in § III sofort zur Bestimmung der Antheile eines jeden Erben über, beginnt damit, seiner Ehefrau „ein Kindstheil", d. i. mit Bezug auf die Erbeinsetzung in § II verstanden, den Theil, welchen ein Kind in Concurrenz mit beiden Geschwistern und der Stiefmutter erhalten würde, oder ein Viertheil des Nachlasses zuzuweisen, während er unmittelbar darauf die Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil setzt. Indem nun letzteres mit den Worten geschieht: meine beiden Kinder erster Ehe sollen jedoch ihren Kindstheil nicht voll erhalten, vielmehr setze ich dieselben auf den „Pflichttheil," tritt es klar und bestimmt hervor, daß sich der Erblasser den Nachlaß in vier gleichen Theilen dachte; die Ausdrücke „Kindestheil" und „voller Kindestheil" von ihm hierfür in derselben Bedeutung gebraucht worden sind, und somit auch der Kindestheil der Frau nicht gleichbedeutend mit dem Pflichttheil der Kinder erster Ehe ist, vielmehr weil identisch mit dem sogenannten „vollen Kindestheil" in directem Gegensatze hierzu steht. Auch der Schlußsatz des § III stimmt mit diesem Gedankengange und Ausdrucke überein, wenn er besagt: die

Tochter zweiter Ehe solle Alles erhalten, was von dem väterlichen Vermögen nach Abzug des Pflichttheils der Kinder erster Ehe und des Kindestheils der zweiten Ehefrau übrig bleibt und frei wird. Es besteht kein Grund, dem Ausdrucke „Kindestheil" hier eine andere Bedeutung als im Eingange des Paragraphen beizulegen.

Demnach erscheint die erste Beschwerde der Beklagten auch insofern ungegründet, als sie darüber erhoben ist, daß von dem Stadtgericht in der Bestimmung § III eine ungültige Zuwendung überhaupt erkannt wurde.

3. Nicht minder verwerflich stellt sich die zweite Beschwerde der Beklagten dar, welche gegen die in demselben Abschnitte I ausgesprochene Ungültigkeit der Schenkung von vier Frankfurter Bankactien vom 8. April 1858 gerichtet ist.

Mit Rücksicht auf die dem richterlichen Ermessen nach der Reformation gezogenen, oben bezeichneten Grenzen muß, da durch Aufrechthaltung dieser Schenkung den bereits auf den Pflichttheil gesetzten Kindern erster Ehe offenbar ein „beschwerlicher Nachtheil" im Sinne der

Reform. III. Tit. 5, § 3

zugefügt würde, der Ansicht des Stadtgerichts beigetreten werden und kann demnach nichts darauf ankommen, ob die Schenkung im Verhältniß zum Vermögen des Erblassers nicht gerade als eine übermäßige bezeichnet werden müßte und im Uebrigen etwa durch das in der Urkunde angegebene Motiv der Dankbarkeit gerechtfertigt sein könnte.

Was rücksichtlich des Anfalls des im § III des Testaments zu viel Gegebenen an die Kinder erster Ehe nach den oben aufgestellten Grundsätzen Rechtens ist, muß auch auf die Schenkung Anwendung finden und erscheint daher diese zweite Beschwerde in ihrer eventuellen Richtung gleichfalls unhaltbar.

4. Die Beklagte hat eine dritte Beschwerde darüber erhoben:

daß sich das Stadtgericht über das bei Theilung des Nachlasses und Bestimmung der Erbportionen einzuhaltende Verfahren in einem förmlichen Theilungsplane überhaupt eventuell, wie unter 6 geschehen, und ohne Berücksichtigung der Anträge der Beklagten ausgesprochen hat.

Nachdem jedoch nicht nur einzelne die Theilung betreffende Fragen der richterlichen Entscheidung unterbreitet waren, sondern die Erb-

antheile und deren Berechnung, insbesondere mit Rücksicht auf den Pflichttheil, Gegenstand des Streites und der Verhandlung geworden sind, war es zur Abschneidung künftiger Weiterungen, da dem Theilungsbeistande keine richterliche Cognition zukommt, durchaus sachgemäß und Pflicht des Richters, die für die Berechnung der Erbtheile maßgebenden Grundsätze ihrem ganzen Umfange nach festzustellen.

Der Theilungsplan unter 6 der stadtgerichtlichen Gründe aber kann an sich nur gebilligt werden, indem derselbe sowohl den allgemein anerkannten Theilungsnormen entspricht, als die über einzelne besondere Streitpunkte gegebenen Entscheidungen berücksichtigt.

Was die von den Klägern unter II ihres Libells erhobene Beschwerde betrifft:

> daß in 6 der Gründe behufs Ermittelung des Pflichttheils nicht statt des Abzugs der Statutarportion der Wittwe, der Abzug ihrer Errungenschaftshälfte verfügt wurde,

so erledigt dieselbe sich durch Hinweis auf den späteren Satz unter a derselben Gründe, woraus sich ergibt, daß das Stadtgericht hier unter der abzuziehenden Statutarportion die nach der

> Rathsverordnung vom 21. September 1758 Nr. 2 und 5,

der Wittwe eigenthümlich gebührende und daher als Schuld abzuziehende halbe Errungenschaft der Wittwe verstanden wissen will, wie denn der Ausdruck „Statutarportion" im weiteren uneigentlichen Sinne wohl auch von der Errungenschaft gebraucht wird.

Sonach ist zum besseren Verständniß der stadtgerichtlichen Entscheidung an den betreffenden Stellen unter 6 der Gründe erläuternd statt des Wortes „Statutarportion" „Errungenschaft" zu substituiren.

Was die sonstigen Nebenbeschwerden beider Theile betrifft, so ist

5. die vierte Beschwerde der Beklagten:

> daß ihre Ansprüche auf eine Vergütung für Aufbewahrung und Unterhaltung für Nachlaßgegenstände bis zum Versteigerungstage nicht anerkannt wurde,

unerfindlich.

Es erklärt die Beklage eventuell:

> dafür, daß sie Nachlaßgegenstände fortwährend erhalte und aufbewahre, Vergütung in Anspruch nehmen zu können, deren Liquidirung sie sich eventuell vorbehalte,

ohne jedoch hieran einen Antrag zu knüpfen oder im ferneren Verlauf der Verhandlungen von dem Vorbehalte Gebrauch zu machen. Dieser von dem Kläger vorsorglich als unbegründet bezeichnete Anspruch und Vorbehalt ist sonach in diesem Prozesse gar nicht streitig, kann mithin auch in demselben nicht Gegenstand des Erkenntnisses sein.

6. Die Kostenvertheilung in erster Instanz entspricht der Sachlage, da nicht nur die Theilungsproportion der Kläger, sondern auch deren Antrag auf Versteigerung des Hauses Nr. 5 in der Blumenstraße von dem Stadtgericht verworfen worden ist.

Keiner der hierüber beiderseits in Grav. III und V der Libelle formulirten Beschwerden kann demnach entsprochen werden.

Aus diesen Gründen werden die von beiden Theilen gegen das Urtheil des Stadtgerichts vom 17./28. Juni d. J. erhobenen Berufungen, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz, verworfen und dieses Urtheil, unter Verweisung auf die unter Nr. 4 der vorstehenden Entscheidungsgründen enthaltenen Erläuterung, lediglich bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. September 1863.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 28. October 1861, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern, daß

1. das Decisum unter I des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 17. Juni 1861, soweit sich dasselbe auf die Verfügung des väterlichen Testaments, wonach die Beklagte einen Kindestheil, die Kläger aber nur den Pflichttheil erhalten sollen, bezieht, wieder aufzuheben und der Beklagten zunächst noch nachzulassen sei, in einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist, Gegenbeweis vorbehältlich, darzuthun:

daß das Concept des von Philipp Carl Beyerbach errichteten Testaments die ausdrückliche Erklärung enthalte, der

Kindestheil der zweiten Ehefrau solle nicht mehr betragen, als der Kindestheil der ersteheliche Kinder, und diese Erklärung bei der schließlichen Redaction nur deshalb hinweggelassen worden, weil der Testator deren Inhalt, im Hinblick auf die Vorschriften in Th. III, Tit. 4 der Frankfurter Reformation, als selbstverständlich angesehen;

2. die unter Nr. 4 der appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe enthaltene Erläuterung des Stadtgerichts-Erkenntnisses in Wegfall zu bringen sei.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden zur Hälfte verglichen, zur anderen Hälfte den Klägern zur Last gebracht, und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die Beklagte beschwert sich in Grav. I darüber, daß sie zur Herausgabe von 10/72 des Beyerbach'schen Nachlasses, als desjenigen Betrages, welchen der Erblasser seiner zweiten Ehefrau testamentarisch mehr hinterlassen habe, als einem jeden seiner auf den Pflichttheil (also auf je 8/72 der Erbschaft) gesetzten Kinder erster Ehe schuldig erkannt worden ist. — Die Begründung des betreffenden Anspruchs der Kläger hängt

A. vor allen Dingen davon ab, ob der Testator dadurch, daß er seine Kinder erster Ehe auf den „Pflichttheil" beschränkt, der zweiten Ehefrau aber einen „Kindestheil" ausgesetzt, dieser letzteren wirklich mehr, und zwar 10/72 mehr, als jedem der ersteheliche Kinder hinterlassen hat. Diese Frage war, soviel

1. die Interpretation des Testamentes nach dessen Wortlaute und innerem Zusammenhange anlangt, unbedenklich mit den beiden vorigen Gerichten zu bejahen. Es kann hier im Allgemeinen auf die Entscheidungsgründe des Appellationsgerichts Bezug genommen werden und bedürfen nur noch zwei Punkte einer näheren Beleuchtung.

a) Die Beklagte beruft sich zur Widerlegung der von den vorigen Gerichten der betreffenden Testamentsbestimmung gegebenen Auslegung hauptsächlich auf Alinea 3 des § III des Testaments. Wenn hier verfügt sei, daß die Tochter zweiter Ehe, Charlotte Beyerbach, das-

jenige erhalten solle, was durch die Setzung der zweiten Ehegattin auf den Kindestheil an Vermögen frei werde und übrig bleibe, so müsse dieser Kindestheil weniger betragen, als die volle Erbschaftsrate (bei vier ernannten Erben = 1/4 der Erbschaft). Es könne aber damit nur derjenige Kindestheil gemeint sein, welchen ein Kind erster Ehe wirklich erhalte, d. i. ein dem Pflichttheile dieser Kinder gleichkommender Betrag oder 1/9 (8/72) der Erbschaft. Diese Argumentation würde einigen Anschein für sich haben, wenn in Alinea 3 cit. nur von der zweiten Ehefrau im Gegensatze zu der Tochter zweiter Ehe die Rede wäre. Die betreffende Bestimmung lautet aber vollständig:

„Meine Tochter zweiter Ehe, Charlotte Beyerbach, soll ihren vollen Kindestheil und außerdem alles dasjenige erhalten, was durch die Setzung meiner beiden Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil und meiner zweiten Ehegattin auf den Kindestheil an Vermögen frei wird und übrig bleibt;"

und bei dieser Zusammenfassung der Kinder erster Ehe und der Ehefrau ist man in keiner Weise zu der Annahme gezwungen, der Erblasser habe vorausgesetzt: Auch durch Setzung der zweiten Ehegattin auf den Kindestheil werde ein Theil des Vermögens frei, dieselbe erhalte also weniger als das Viertel, welches ihr, wenn es bei der generellen Bestimmung des § II geblieben wäre, zugefallen sein würde. Der Umstand, daß die beiden ersteheliche Kinder weniger als je 1/4 und die zweite Ehefrau nur 1/4 erhielt, daß also die zu Gunsten dieser drei Personen getroffene Disposition im Ganzen mehr als 1/4 der Erbschaft frei ließ, erklärt vielmehr und rechtfertigt die Ausdrucksweise des Erblassers zur Genüge.

b) Ein erheblicheres für ihre Auslegung der betreffenden Testamentsvorschrift zu benutzendes Argument berührt die Beklagte nur beiläufig. Die Frankfurter Reformation Th. III, Tit. 4, nachdem sie in §§ 2 und 3 bestimmt hat, daß ein zur zweiten Ehe schreitender Ehegatte dem künftigen Ehegemahl (in der Eheberedung) nicht mehr als einen „Kindestheil" verschreiben und vermachen dürfe, fährt in § 4 fort.

„Solcher Kindstheil aber soll verstanden und gerechnet werden nach Anzahl der Kindern und Erben so auff die Zeit deß ver-

storbenen Ehegemahels tödtlichen Abgangs ohn Gescheſſt oder Testament vorhanden; Oder da es mit Gescheſſt oder Testament verstorben, alßdann nach eines Kindts Antheil, welchem under andern Kindern allein die Legitima, oder über die legitima zum Wenigsten, verschafft worden."

Wenn das Gesetz hier schlechthin vorschreibt: unter dem „Kindestheile," den der zur zweiten Ehe schreitende Gatte dem neuen Ehegatten in der Eheberedung aussetze, solle ein dem Antheile des am wenigsten bedachten Kindes gleichkommender Theil der Erbschaft verstanden werden, so scheint von dem dem zweiten Ehegatten im Testamente zugewendeten „Kindestheile" dasselbe gelten zu müssen. Es muß jedoch der Fall, den das Gesetz im Auge hat, von dem vorliegenden wesentlich verschieden erachtet werden. Bei der Eheberedung handelt es sich nicht um eine Disposition über den ganzen Nachlaß, sondern nur um eine spezielle zu Gunsten des zweiten Ehegatten zu treffende Bestimmung, die von dem Verfügenden selbst in gar keinem Vergleiche oder Gegensatz zu den im Interesse der Kinder erster Ehe zu machenden Verfügungen gesetzt wird. Hier darf von der Präsumtion ausgegangen werden, der Disponirende wolle sich mit dem Gesetze nicht in Widerspruch setzen; er wolle also, insofern er demnächst den Erbtheil eines Kindes auf weniger als einen Kopftheil bestimmen sollte, auch den Antheil des zweiten Ehegatten so weit herabgesetzt wissen, oder mit andern Worten: er habe bei dem Ausdrucke „Kindestheil" nicht das abstrakte (was ein Kind bei gleicher Vertheilung erhalten würde), sondern das Concrete (was ein Kind, und zwar das am wenigsten bedachte, wirklich erhalten wird) im Auge gehabt — Dies trifft aber, wenn es sich um die Auslegung eines Testaments handelt, nicht zu. Hier hat man in der Nebeneinanderstellung der theils zu Gunsten des zweiten Ehegatten getroffenen Verfügungen das Mittel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erkennen, und es kann nicht, wie dort, davon die Rede sein, an dessen Stelle einen blos präsumtiven treten zu lassen. — Nur so viel bleibt richtig, daß der Ausdruck „Kindestheil" möglicherweise auch in einem Testamente im Sinne des § 4 cit. gebraucht sein kann, und daß es daher immer darauf ankommt, zu constatiren, wohin im concreten Falle die wahre Meinung des Erblassers gegangen ist.

Muß diese Frage nun vorliegend auch, so lange man bei dem aus dem Testamente selbst zu entnehmenden Interpretationsmateriale stehen bleibt, nach Obigem, im Sinne der Kläger beantwortet werden, so erscheint dadurch doch nicht ausgeschlossen, daß

2. der Beklagten noch ein Beweis darüber nachgelassen werde, daß die eigentliche Absicht des Testators eine andere gewesen und er unter dem seiner zweiten Ehefrau ausgesetzten „Kindestheile" nur eine dem Pflichttheile eines ersteheligen Kindes gleichkommende Erbschaftsrate verstanden habe.

Die Regel:

Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio:

L. 25. § D. de legat. III.

kommt hier nicht zur Anwendung. So überwiegende Gründe auch für die Annahme vorliegen, daß mit dem Ausdrucke „Kindestheil" a. a. O. ein volles Erbschaftsviertel hat bezeichnet werden sollen, so erscheint doch ein anderes Verständniß dieses Ausdruckes auf Seiten des Testators nicht geradezu unmöglich und fällt der Fall daher nur unter die Regel:

non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliter sensisse testatorem:

L. 79. pr. eod.

Nun kann freilich in einem Falle der vorliegenden Art die allgemeine Behauptung: Der Testator habe eine von dem Ergebnisse der regelmäßigen Interpretation abweichende Meinung gehabt, keine Berücksichtigung finden. Es bedarf vielmehr einer positiven und speziellen Grundlage für die Annahme, die fragliche Testamentsbestimmung sei in der Absicht einer Gleichstellung der zweiten Ehefrau und der ersteheligen Kinder getroffen. Eine solche war indessen in der Behauptung zu finden: Es könne ein früheres Concept des Testaments vorgelegt werden, worin umschrieben sei, daß der Kindestheil der zweiten Ehefrau mehr nicht betragen solle, als der Kindestheil der ersteheligen Kinder. In einer späteren Redaction sei diese Umschreibung als überflüssig gestrichen worden, der „Kindestheil" aber stehen geblieben, wie ihn auch die Reformation III 4, § 2 und Orth,

2. Fortſ. S. 50 und 58 nicht anders nenne. Dieſe ſpezielle factiſche Angabe iſt zwar erſt in der Duplik vorgebracht, enthält aber nichts, als eine noch zuläſſige nähere Erläuterung der ſchon in der Vernehmlaſſung mit Beſtimmtheit aufgeſtellten Behauptung, daß der Erblaſſer unter dem „Kindestheile“, den er der Beklagten ausgeſetzt, eine den „Pflichttheil“ der Kinder erſter Ehe nicht überſteigende Erbſchaftsrate verſtanden habe. Denn wenngleich auch in dem Concepte an der angegebenen Stelle nicht der „Pflichttheil“, ſondern der „Kindestheil“ der erſtehelichen Kinder genannt worden ſein ſoll, ſo würde es doch, dem angegebenen Zuſammenhange nach, klar ſein, daß der Teſtator darunter nicht einen Kopftheil, ſondern nur denjenigen Erbſchaftstheil verſtanden, den ein Kind erſter Ehe nach Maßgabe des Teſtaments wirklich erhalten werde. Es hätte alſo die obgedachte Intention in dem Concepte einen hinlänglich beſtimmten Ausdruck gefunden; und wenn erwieſen werden könnte, daß die hier gegebene Erläuterung des der zweiten Ehefrau zugedachten „Kindestheiles“ bei der endlichen Redaction des Teſtamentes nur deshalb weggelaſſen worden ſei, weil der Erblaſſer ſie im Hinblicke auf die Beſtimmungen in Reform. III. 4. § 2 flg. für überflüſſig erachtet hat, ſo würde die wahre Meinung des Teſtators, gegenüber dem allerdings unvollkommenen Ausdrucke, den dieſelbe im Teſtamente gefunden, aufrecht erhalten werden müſſen:

L. 24. D. de reb. dub. (34. 5.)

Für die Begründung des klägeriſchen Anſpruchs kommt es weiter

B. auf die Rechtsfrage an, ob dasjenige, was der zur zweiten Ehe ſchreitende Gatte dem andern Theile mehr, als einem Kinde erſter Ehe zugewandt hat, ausſchließlich unter die erſtehelichen Kinder zu vertheilen ſei.

Nach römiſchem Rechte muß auch dieſe Frage unbedenklich mit den beiden vorigen Gerichten und aus deren Gründen bejaht werden. Beklagte vermeint nun freilich, daß jedenfalls die Beſtimmungen des Frankfurter Particularrechtes zu einem anderen Ergebniſſe führten. Die Reformation ſchreibe in Th. III. Tit. 4. § 2 für den Fall der Wiederverheirathung vor:

„Waren eheliche Kinder vorhanden, ſo ſoll der Theil, deß dieſelben Kinder ſeynd — nicht Macht haben, ſeinen künftigen

Ehegemahel mehr als ein Kindstheil (das ist nur so viel als einem jeden Kindt auß erster Ehe — — werden mag) auß seiner Nahrung zu verschreiben und zu vermachen. Was er aber darüber vermachen würde, soll nichtig und unkräftig seyn.“ — Was aber von dem Gesetze für nichtig und unkräftig erklärt werde, sei als gar nicht vorhanden anzusehen. Die Sache müsse also so behandelt werden, als wäre dem zweiten Ehegatten lediglich ein Kindestheil im Sinne des § 4 ibid. verschrieben, und das mehr Vermachte müsse entweder, nach § III alin. 3 des vorliegenden Testaments, dem Kinde zweiter Ehe zufallen, oder, nach den Grundsätzen des Accrescenzrechtes, unter alle im Testamente angesetzten Erben vertheilt werden.

Dem ist jedoch nicht beizutreten. Bei dem bekannten Verhältnisse der Frankfurter Reformation zum gemeinen Rechte kann die Frage nur die sein, ob durch den § 2 cit. die speziellen Bestimmungen, welche die römischen Kaiser über die Verwendung des zuviel Vermachten getroffen, haben aufgehoben, beziehungsweise abgeändert werden sollen. Dies anzunehmen müßte man schon wegen der zu generellen Fassung der fraglichen Vorschrift Bedenken tragen. Es kommt aber hinzu, daß der Schlußpassus des cit. § 2 offenbar nichts weiter ist als eine freie Uebersetzung der in L. 6. C. de sec. nupt. (5. 9.) gebrauchten Ausdrücke:

> „Sin vero plus, quam statutum est, aliquid novercae vel vitrico relictum fuerit tanquam non scriptum neque derelictum sit, ad personas deferri liberorum et inter eas dividi jubemus.“

Kann es nun auch beweifelt werden, ob die Urheber dieser Constitution, Leo und Anthemius, hier nur die ersteheIichen Kinder im Sinne gehabt, so ist doch dieser Punkt durch

L. 9. C. pr. eod. und
Nov. 22. c. 27.

erledigt. Auch hat die Doctrin es von jeher als den Inhalt der L. 6. cit. angesehen, daß das „plus relictum“, obgleich es für nicht geschrieben gelten sollte, doch nicht nach den Grundsätzen des Accrescenzrechts, sondern lediglich unter die Kinder erster Ehe zu vertheilen sei:

Glossa ad L. 6 cit. s. v. „liberorum“;

und der Verfasser der Reformation theilte dieses Verständniß.

Fichard, Concil. II. c. 48. Nr. 8.

Es mußte, dem Allen nach, der Beklagten zwar noch über die von ihr behauptete Absicht des Testators, so wie im Urtheile geschehen, ein Beweis nachgelassen, für den Fall, daß sie diesen Beweis nicht erbringen wird, dagegen die Disposition unter 1 des Stadtgerichts-Erkenntnisses, soweit dieselbe auf die bisher erörterte Bestimmung des Beyerbach'schen Testaments sich bezieht, aufrecht erhalten werden.

II. Die zweite Beschwerde der Beklagten betrifft ihre Verurtheilung zur Herausgabe der vier nach Stadtger.-Act. [3] i. f. von ihrem verstorbenen Ehemann ihr geschenkten Frankfurter Bankactien. Gemeinrechtlich kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch diese Schenkung unter die Bestimmung der L. 6. C. und Nov. 22. cit fallen würde. Das Frankfurter Particularrecht soll jedoch von dem gemeinen Rechte darin abweichen, daß bei der Frage, ob dem zweiten Ehegatten mehr zugewendet worden, als einem Kinde erster Ehe, nicht — wie dort — alle demselben unter Lebenden gemachten Schenkungen mitzurechnen seien, sondern nur diejenigen, welche nach Maßgabe der Vorschriften in lib. III. Tit. 5. der Reformation als übermäßige sich darstellen:

Orth, 2. Forts. S. 40. 41.

Adlerflycht, Frankf. Priv. R. II. S. 768.

Bender, Handb. des Privatr. § 27.

Souchay, Anm. zur Ref. IV. 3. § 2 sub II. (S. 600.)

Die vorigen Gerichte haben, indem sie sich dieser Ansicht anschlossen, es für erforderlich erachtet, auf Grund der in § 3 des citirten Titels aufgestellten allgemeinen Regeln, zunächst ihr Ermessen darüber eintreten zu lassen, ob die fragliche Schenkung für eine ungültige zu erachten und sind erst, nachdem sie diese Frage bejaht, dahin gelangt, die Vorschriften der L. 6. C. und Nov. 22. auf den vorliegenden Fall für anwendbar zu erachten. War ihnen nun auch in diesem Resultate, so war ihnen doch nicht hinsichtlich des Weges, auf dem sie zu demselben gelangt sind, beizutreten. Vielmehr konnte die beregte Abweichung des Frankfurter Rechts von dem gemeinen Rechte überhaupt als vorhanden nicht anerkannt werden. Diese wird daraus gefolgert, daß nach röm. Rechte Schenkungen unter Ehegatten erst dadurch convalesciren, daß der Schenker, ohne zu widerrufen, vor dem

Beschenkten stirbt, also alle derartige Schenkungen den Character von donationes mortis causa an sich tragen, wogegen nach Tit. 5. cit der Frankfurter Reformation Schenkungen unter Ehegatten mit gewissen Beschränkungen sofort wirksam seien, das Geschenkte folglich alsbald in das Vermögen des Beschenkten übergehe und den Antheil, den die ersteheliche Kinder aus dem Nachlasse ihres parens erhalten, gar nicht mindern. Es beruht aber auf einer Verkennung der rechtlichen Natur der mortis causa donatio, wenn angenommen wird, daß es sich mit dieser in letztgedachter Beziehung anders verhalte, denn auch die Schenkung von Todes wegen ist keine Gabe aus dem Nachlasse.

L. 1. pr. L. 38. D. de mortis causa don. (39. 6.)
Vergl. mit L. 116. pr. D. de legat. I.

Das röm. Recht verbietet die „donationes inter vivos conscribendae", insoweit sie den Erfolg haben, daß der zweite Ehegatte aus dem Vermögen des andern Theils mehr erhält als ein Kind erster Ehe, auch keineswegs deßwegen, weil und nur insoweit als sie den Charakter von mortis causa donationes an sich tragen, sondern unbedingt. Die beigefügten Worte in L. 6. C. cit.

„quae, etsi constante matrimonio civili jure interdicta sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent",

bezeichnen nicht den Grund des Verbots, sondern der Gesetzgeber will damit nur dem Einwande begegnen, daß es einer Ausdehnung desselben auf Schenkungen unter Lebenden, weil dieselben ohnehin untersagt seien, nicht bedurft hätte. Es sind daher auch diejenigen Schenkungen unter Ehegatten, die ausnahmsweise sofort convalesciren,

Savigny, Syst. IV. S. 178 flg.

unter dem Verbote der L. 6. C. cit. mitbegriffen; und wenn ein Partikulargesetz — wie die Frankfurfer Reformation es thut — das Gebiet dieser Ausnahme erweitert, so liegt darin noch überall kein Grund, die Schenkungen an den zweiten Ehegatten nach einem andern Maßstabe, als demjenigen der L. 6. C. cit. zu behandeln. Ebensowenig bieten die einschlagenden speziellen Gesetzesbestimmungen hierzu einen Anlaß. Die Reformation Th. III. Tit. 4. § 2 verb.

„Waren (sc. im Falle der Wiederverheirathung) — eheliche Kinder vorhanden, so soll der Theil, deß dieselben Kinder

seynd, — — nicht Macht haben seinem künftigen Ehegemahel, mehr als ein Kindestheil — — auß seiner Nahrung zu verschreiben und zu vermachen,“

drückt sich so allgemein aus, daß ihre Vorschrift von Zuwendungen, sowohl von Todes wegen als unter Lebenden verstanden und jedenfalls eine auf Aenderung des röm. Rechtes gerichtete Absicht daraus nicht erkannt werden kann. Was aber den „Von Gab und Schenkungen, so Eheleut einander in wärender Ehe thun“ handelnden Titel 5 des III. Theils anlangt, so hat man schon nach allgemeinen Auslegungsregeln davon auszugehen, daß durch dessen generelle Vorschriften die für Schenkungen an den zweiten Ehegatten bestehenden Spezialbestimmungen nicht haben modificirt werden sollen; und es enthalten die einzelnen Paragraphen dieses Titels nichts, was mit dieser Voraussetzung in Widerspruch tritt. In § 3 insbesondere verb.

„Wenn sie nicht übermäßig — — auch keine Kinder vorhanden seyndt, denen zu beschwerlichen Nachtheil und Abbruch dieselben Schänkungen gereichen mögen;“ und: „da es etwan von den Kindern oder Freunden dessen Ehegemächts, so solche Schenkung gethan hatt, wolt strittig gemacht und widerfochten werden,“

ist gar nicht speziell von den Kindern erster Ehe, sondern von allen Kindern des Schenkers, also auch denjenigen, die er mit dem Beschenkten erzeugt hat, die Rede, und wenn diesen Kindern und sogar den sonstigen Verwandten („Freunden“) das Recht gegeben wird, übermäßige, resp. beschwerliche Schenkungen anzufechten, so muß dem Gesetzgeber ein anderer und allgemeinerer Maßstab vorgeschwebt haben, als der für den speziellen Fall der Schenkungen von den zweiten Ehegatten gegebene, und man muß eben deshalb sagen, daß dieser spezielle Fall durch jene generelle Bestimmung gar nicht berührt wird. Glaubte man aber in § 3 cit. auch eine Hindeutung auf denselben finden zu müssen, so würde man doch nur zu dem Ergebnisse kommen können, daß eine jede gegen die Vorschrift in Tit. 4, § 4 und das dadurch bestätigte röm. Recht angehende Schenkung — eine jede Schenkung also, die den Erfolg hat, daß der zweite Ehegatte aus dem Vermögen des anderen mehr erhält als ein Kind erster Ehe — — eine solche sei, die diesen Kindern „zu beschwerlichem Nachtheil und Abbruch gereicht;“ und es würde dadurch jedenfalls die Cognition

über die Gültigkeit der Schenkung nach Maßgabe des Tit. 5, § 3 mit der Frage, ob die Vorschriften der L. 6. C. cit. und Nov. 22. c. 27 verletzt seien, zusammenfallen.

Die Beklagte glaubt zwar, auch wenn Schenkungen unter Lebenden im Allgemeinen auf den „Kindestheil" des zweiten Ehegatten in Anrechnung zu bringen sein sollten, würde dies doch auf die vorliegende, als eine remuneratorische Schenkung, keine Anwendung erleiden. Es ist aber heut zu Tage nicht mehr bestritten, daß die Schenkung aus Dankbarkeit unter den gewöhnlichen Regeln der Schenkung steht, und liegt in concreto weder einer der wenigen Ausnahmsfälle vor, wo eine eigenthümliche Behandlung jener besonderen Art der Schenkung Platz greifen soll:

Puchta, Pand. § 71, Note c.

noch kann in einem Falle der vorliegenden Art

vergl. Savigny, Syst. IV. S. 89.

daran gedacht werden, daß gar keine wahre Schenkung, sondern nur eine Bezahlung geleisteter Dienste den eigentlichen Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäfts bilde.

III. Den Antrag der Kläger, daß das während der zweiten Ehe auf den Namen der Beklagten erkaufte und gewährte Haus für zur Errungenschaft gehörig erklärt und, behufs der Theilung, versteigert werde, haben die vorigen Gerichte mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß dagegen der Betrag der gemachten „Angabe" (Anzahlung) von 9500 fl. als zur Gesammtnachlaßmasse gehörig zu betrachten sei; wogegen die Kläger mittelst ihres Grav. I voriger und gegenwärtiger Instanz ihrem Klagantrage inhäriren. — Bei Prüfung dieses Antrages kann

A. von denjenigen Gründen ganz abstrahirt werden, welche Kläger zuerst in der Replik für die Nothwendigkeit einer Versteigerung geltend gemacht haben: Beabsichtigte Umgehung des Gesetzes und Verletzung im Pflichttheil. Es sind dies in der That ganz neue Klagfundamente, deren formelle Zulässigkeit zwar — bei nicht erfolgtem Widerspruche der Beklagten — nicht beanstandet zu werden brauchte, denen es aber in materieller Beziehung so sehr an aller Concludenz, resp. Substantiirung fehlt, daß schon die vorigen Gerichte, ohne daß

dies den Klägern zu einer speziellen Beschwerde Anlaß gegeben hat, mit Stillschweigen darüber hinaus gehen konnten.

B. Auch auf die von dem Appellationsgerichte erörterte Frage, ob der Hauskauf unter dem Gesichtspunkte einer der Beklagten von ihrem Ehemanne gemachten Schenkung angefochten werden könne, war nicht zurückzukommen. Dieser Gesichtspunkt ist von den Klägern in den vorigen Instanzen gar nicht geltend gemacht; sie erklären in gegenwärtiger Instanz ausdrücklich, daß es darauf nicht ankomme, und wenn sie eventuell auch ihn für zutreffend halten, so ist doch, was sie dafür anführen, so vag und unsubstanziirt, daß es — vollends in dritter Instanz zuerst hervorgehoben — auf Berücksichtigung keinen Anspruch machen kann.

C. Worauf es allein ankommt, ist die Frage nach der errungenschaftlichen Qualität, resp. den Eigenthumsverhältnissen jenes Hauses. — In factischer Beziehung steht hier fest, daß das Haus während der Ehe und unter Zustimmung des Ehemannes durch einen allein auf den Namen der Ehefrau lautenden Kaufbrief erkauft, auch ihr allein die Währschaft darüber ertheilt und die Berichtigung des Kaufpreises in der Art erfolgt ist, daß eine auf dem Hause haftende Hypothek im Betrage von 12,000 fl. von der Käuferin übernommen, der Rest von 9500 fl. aber baar ausbezahlt worden ist. Zum Zwecke dieser Zahlung ist ein Darlehen von 6500 fl. bei der Bank auf den Namen des Ehemannes aufgenommen worden gegen Verpfändung von Staatspapieren, die theilweise — wie Beklagte implicite zugibt, dem Ehemanne (oder doch nicht der Beklagten ausschließlich) gehört haben, theilweise der Beklagten — was jedoch von den Klägern geleugnet wird — zum Zwecke des Hauskaufs von einer dritten Person dargeliehen worden sein sollen.

Woher die zu der gemachten Anzahlung weiter erforderlichen 3000 fl. genommen worden, darüber fehlt es an bestimmten Angaben. Soviel ist indeß gewiß, daß dieselben aus dem nur 1102 fl. 30 kr. betragenden Illatum der zweiten Ehefrau nicht gedeckt werden konnten.

Anlangend nun die aus diesen factischen Prämissen zu ziehenden rechtlichen Consequenzen, so war den vorigen Gerichten zunächst

1. darin beizupflichten, daß Beklagte durch den Kauf und die daraufhin erfolgte Währschaft Alleineigenthümerin des fraglichen Immobile geworden ist.

a) Wäre freilich das Alleineigenthum eines Ehegatten in einem während der Ehe erkauften Grundstücke dadurch bedingt, daß er dasselbe mit seinem alleinigen Gelde erworben, so würde dieser Fall als vorliegend nicht angenommen werden können. — Allerdings ist insoweit, als der Kaufpreis durch Uebernahme einer auf dem erkauften Hause haftenden hypothekarischen Forderung von 12,000 fl. berichtigt worden — da diese Uebernahme seitens der Beklagten ohne Mitverhaftung ihres Ehemannes erfolgt ist — dies einer Zahlung aus dem Separatvermögen der Ehefrau gleichzustellen. Dagegen ist die im Betrage von 9500 fl. gemachte Baarzahlung nicht aus diesem Vermögen geleistet. Es können hier nicht einmal die Illaten der Beklagten in Betracht gezogen werden. Denn wenn es auch richtig ist, daß sie dieserhalb eine Forderung von 1102 fl. 30 kr. an die in der Hand des Mannes befindliche gemeinschaftliche Masse hatte, so verstand es sich doch weder von selbst, daß die auf das Haus gemachte Anzahlung bis zu jenem Betrage als aus den Illaten geleistet zu gelten hatte, noch ist eine dahin gehende Uebereinkunft der Ehegatten von der Beklagten behauptet. — Jedenfalls aber war überall kein Separatvermögen der Frau vorhanden, aus dem der nach Verwendung der Illaten verbleibende Rest jener Anzahlung hätte geleistet werden können. Dieser ist also nothwendig aus dem Vermögen des Ehemannes oder aus der gemeinschaftlichen Masse geleistet; wie denn auch der Mann es gewesen, der das zum Behufe jener Anzahlung contrahirte Darlehen von 6500 fl. auf seinen Namen aufgenommen hat, wobei es ganz gleichgültig bleibt, daß die zur Sicherung dieses Darlehens hinterlegten Papiere theilweise von einer dritten Person der Frau dargeliehen worden sein sollen. — Wenn die Beklagte das Vorhandensein eines ihr eigenthümlichen, zu der fraglichen Zahlung verwendbaren Vermögens daraus zu deduciren sucht, daß damals bereits eine so bedeutende Errungenschaft zweiter Ehe vorhanden gewesen, daß ihr Antheil daran in Verbindung mit den Illaten zur Deckung der gemachten Anzahlung hingereicht hätte, so braucht auf eine nähere Untersuchung darüber nicht eingegangen zu werden, ob überhaupt während der Dauer der Ehe die Errungenschaftsgemeinschaft dergestalt aufgelöst werden kann, daß einem jeden der beiden Ehegatten ein voller Theil des während der Ehe erworbenen Vermögens zur

ausschließlichen Disposition überwiesen wird. Denn Beklagte behauptet überall nicht, daß eine solche Auseinandersetzung stattgefunden habe. Daß aber, abgesehen hievon, das errungenschaftliche Vermögen nur Eine Masse bildet und sich nicht ipso jure dergestalt theilt, daß ein jeder Ehegatte über seine Rate, als ein ihm ausschließlich zustehendes Vermögen, verfügen kann, bedarf keiner näheren Nachweisung.

Zum Erwerbe des fraglichen Hauses ist also jedenfalls theilweise auch Geld des Mannes verwendet worden, und wenn — wie es nach Reform. III. 6. § 2 und II. 3. § 14 den Anschein hat — nur dasjenige Immobile Alleineigenthum eines Ehegatten wird, welches dieser mit „seinem eigenen Geld“ erkauft hat, so fehlt es in concreto an dieser Bedingung.

Es konnte aber,

b) sowenig die Bedenken, zu denen die Wortfassung der gedachten Gesetzesbestimmungen Anlaß gibt, zu verkennen standen, doch als wahre Meinung des Gesetzgebers nur die anerkannt werden, daß die Herkunft des zur Anschaffung eines Grundstückes verwendeten Geldes zwar im Zweifel, aber keineswegs unbedingt und namentlich nicht gegen den übereinstimmenden Willen der beiden Ehegatten dafür maßgebend sein solle, ob das Immobile in das Miteigenthum beider oder in das Alleineigenthum des einen oder des andern Gatten kommt. — Allerdings kann auf die Währschaft allein das entscheidende Gewicht nicht gelegt werden; denn diese bildet, nach Frankfurter Recht, überhaupt nicht einen Eigenthumstitel, sondern nur ein Beweismittel, resp. eine Präsumtion für solchen,

cf. Bender, Handb. des Frankf. Privatr. § 64 sub 5.

und die Ausdrucksweise in Reform. II. 3. § 14 in f beweist, daß ihr auch für den in Frage stehenden Fall eine weitergehende Bedeutung nicht zukommt. Gegenbeweis ist also nicht ausgeschlossen,

Souchay, zu Reform. V. 5. § 1 u. 2 (S. 961)

und wenn das Factum, welches für die Eigenthumsfrage eigentlich maßgebend sein sollte, das wäre, daß der Kauf mit des gewährten Ehegatten eigenem Gelde geschehen sein müßte, so läge in concreto der Gegenbeweis bereits vor; die Währschaft hätte also alle Bedeutung verloren.

Für entscheidend mußte dagegen der Consens erachtet werden, den der eine Ehegatte zum Erwerbe des Alleineigenthums durch den Anderen gibt. Regel — auch des Frankfurter Rechts — ist es allerdings, daß die während der Ehe von Einem der Ehegatten errungenen und erworbenen Güter ipso jure und ohne daß die Tradition ꝛc. hinzuzukommen braucht, in das gemeinschaftliche Eigenthum beider fallen.

Orth, Anmerk. I. S. 369.

Allein dies kann doch nur auf dem Prinzipe der Geschäftsführung, resp. darauf, daß keiner der Gatten durch einseitigen Act die gesetzlichen Rechte des andern beeinträchtigen darf, beruhen. Es ist aber, nach allgemeinen Grundsätzen, nicht wohl abzusehen, wie derjenige, der zum Alleinerwerbe des andern seine Einwilligung gibt und damit ausspricht, daß er selbst Eigenthumstheilhaber nicht werden will, doch — im directen Gegensatz gegen diesen seinen speziell bekundeten Willen — zum Miteigenthume sollte gelangen können; und es würde einer ganz klaren und unzweideutigen particularrechtlichen Vorschrift bedürfen, um hier einen gesetzlichen, selbst wider den Willen des Betheiligten eintretenden Eigenthumserwerb zu begründen. Allerdings scheint es, der Wortfassung nach, als werde in III. 6. § 2, damit die Währschaft auf den Namen nur eines Ehegatten erfolgen könne, ein Doppeltes verlangt: daß derselbe das Gut mit seinem eigenen Gelde erwirbt, und daß der andere Ehegatte in die einseitige Währschaft consentirt. Allein man darf annehmen, daß der Gesetzgeber hier, wie auch in Th. II. Tit. 3. § 14 nur den gewöhnlichen Fall im Auge gehabt, und der Umstand, daß ein Ehegatte ein Immobile mit seinem eigenen Gelde erwirbt, ihm nur die natürliche Voraussetzung für den Consens des andern Theils, dieser Consens aber das eigentlich juristisch Entscheidende ist; und daß, wenn insbesondere am Schlusse des citirten § 2 den Bürgermeistern befohlen wird, bei Einschreibungen der Währschaften jederzeit ausdrücklich zu fragen, ob das Geld für das gekaufte Gut von Einem allein oder von Beiden herrühre und, nach Befinden, alsdann die Währschaft auf Eins allein oder Beide richten zu lassen, hiermit nur eine Belehrung der Ehegatten über die Naturalien des fraglichen Rechtsverhältnisses bezweckt ist, ihrem Willen aber eine Beschränkung nicht hat auferlegt werden sollen.

So erklärt sich denn auch bereits

Orth, l. c. S. 367, 368.

bestimmt dahin, daß

„die einseitige Währung in dasjenige Gut, so von beider Eheleute Geldern erkauft worden, wenn der andere Ehegatte damit zufrieden ist und hierinnen ausdrücklich gewilligt hat, für gültig gehalten werden könne.“

Er stützt dies theils auf die Analogie von V. 5. § 8 der Reformation, theils darauf, daß jener Consens eine nach Frankf. Recht (Ref. III. 5) zulässige Schenkung involvire. Diese letztere, vom Appellationsgerichte verworfene Ansicht kann auch dahier nicht getheilt, es muß vielmehr im Zweifel angenommen werden, daß nur ein Vorschuß beabsichtigt sei, den, bei der demnächstigen Auseinandersetzung, der das Immobile erwerbende Gatte aus dem ihm zufallenden Vermögen zu vergüten, resp. sich anrechnen zu lassen hat. Wenn aber der genannte Schriftsteller sogar bei Unterstellung einer Schenkung, wo die Sache jedenfalls bedenklicher erscheinen muß, zur Annahme des Alleineigenthums des gewährten Ehegatten gelangt ist, so läßt sich annehmen, er würde, von dem Gesichtspunkte eines bloßen Vorschusses ausgehend, nur um so mehr zu jenem Resultate gekommen sein.

2. Damit, daß die Beklagte Alleineigenthümerin des Hauses geworden, ist die Frage, welche den eigentlichen Streitpunkt zwischen den Parteien bildet — ob nämlich bei Feststellung der Errungenschaft nach Maßgabe der Verordnung vom 24. Juni 1734

Beyerbach, Samml. S. 70 flg.

der dermalige Werth des Hauses, wie er sich durch eine Versteigerung herausstellen würde, abzüglich natürlich der darauf lastenden hypothekarischen Schuld von 12,000 fl., oder ob der Kaufpreis, soweit er nicht durch Uebernahme dieser Hypothek getilgt worden ist, von der Beklagten einzuwerfen sei — noch nicht ohne Weiteres entschieden. Dem Hause ist, insoweit es mit errungenschaftlichem Gelde erworben worden, eine errungenschaftliche Qualität im weiteren Sinne nicht abzusprechen, und es wäre sehr wohl denkbar, daß das Gesetz, ungeachtet Anerkennung des Alleineigenthums des einen Ehegatten, diesen doch nöthigte, dies sein auf Kosten der Errungenschaft erworbenes Eigenthum zur gemeinschaftlichen Masse, aus welcher demnächst einem Jeden sein Antheil reell zugewiesen wird, zu conferiren. Hier müssen

indessen die Vorschriften in §§ 7 und 8, Th. III. Tit. 6 der Reformation als zu Gunsten der Beklagten entscheidend angesehen werden. Das Gesetz erkennt für den Fall, daß die Zahlung des Preises für ein erkauftes Immobile successive im Laufe mehrerer Ehen erfolgt ist, ausdrücklich an, daß derjenige, welcher das Eigenthum erworben, nicht dieses selbst einzuwerfen, sondern dem andern Theile nur das aus seinem Vermögenstheile dazu verwendete Geld zu restituiren habe, und da nichts darauf hinweist, daß der Grund dieser Entscheidung in der Eigenthümlichkeit des besonderen, hier von dem Gesetzgeber behandelten Falles beruht, muß das gleiche Prinzip auch in einem Falle der vorliegenden Art zur Anwendung kommen.

IV. Die Beklagte hat sich, soviel den vom Stadtgerichte mittelst Verweisung auf Nr. 6 seiner Entscheidungsgründe aufgestellten Theilungsplan anlangt,

A. mittelst des prinzipalen Theils ihres Grav. III voriger Instanz darüber beschwert, daß sich das Gericht überhaupt auf Vorschriften über das bei der Theilung zu beobachtende Verfahren eingelassen und dieses nicht dem rechtskundigen Theilungsbeistande überlassen habe. Zur Widerlegung dieser Beschwerde bedarf es indessen nur einer Verweisung auf pos. 4 der appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe.

B. der eventuelle Theil jenes Grav. III, daß nicht ein den von der Beklagten vertheidigten Ansichten entsprechender Theilungsplan aufgestellt worden, ist, wie die Ausführung

O.-A.-Ger.-Act. [1] S. 26.

beweist, nichts als die aus Grav. I und II gezogene Consequenz und bedarf daher keiner besonderen Beurtheilung. — Anders verhält es sich dagegen

C. mit der in gegenwärtiger Instanz als Grav. VI (jetzt V) neu hinzugefügten Beschwerde: daß der Ausdruck des stadtgerichtlichen Urtheils „Statutar-Portion" vom Appellationsgerichte in Errungenschaftshälfte verwandelt oder doch erläutert worden sei.

Das Stadtgericht hat unter Nr. 6 seiner Entscheidungsgründe (welche durch die Verweisung sub I in f. der Dispositive pars decisi geworden) unter andern ausgesprochen:

1. Zum Zwecke der Ausrechnung eines Pflichttheils (als der den Kindern erster Ehe zugewiesenen Erbportion) sei eine Intestat-

erbtheilung aufzustellen und hierbei (sc. von der „gemeinsamen Erbmasse“) eine Statutar-Portion der Wittwe abzurechnen.“

2. Der der Wittwe zugedachte „Kindestheil“ sei = 1/4 des ganzen väterlichen Nachlasses, wobei keine Statutar-Portion in Abzug zu bringen sei.

3. Die Wittwe habe (abgesehen von ihrem Illatum und der ihr gesetzlich als Eigenthum gehörigen halben Errungenschaft) den Betrag eines Pflichttheils zu erhalten.

Diesen Ausspruch hat das Appellationsgericht auf Grund des Grav. II voriger Instanz der Kläger dahin erläutert: daß, zum besseren Verständnisse der wahren Meinung des Stadtgerichts, an den betreffenden Stellen unter 6 der Gründe statt des Wortes „Statutar-Portion“ — „Errungenschaft“ zu substituiren sei; und hiergegen ist die obige Beschwerde gerichtet, die auch für begründet zu erachten war. Es konnte nämlich zunächst

a. die Ansicht der vorigen Richter, daß das Stadtgericht den in Nr. 6 der Entscheidungsgründe zweimal vorkommenden Ausdruck „Statutar-Portion“ als gleichbedeutend mit dem einmal daselbst vorkommenden Ausdruck „halbe Errungenschaft“ genommen habe, nicht getheilt, müßte vielmehr angenommen werden, daß unter der „Statutar-Portion“ der gewöhnlichen und gesetzlichen Bedeutung dieses Wortes entsprechend

> Reform. V. 4. § 1 i. f.
>
> Verordnung vom 21. September 1758 sub 2, wo die „portio statutaria“ der „Hälfte der Errungenschaft“ gerade gegenüber gestellt wird;
>
> Adlerflycht, a. a. O. § 281 vergl. mit § 283.
>
> Bender, a. a. O. § 128.

diejenigen Vortheile verstanden seien, welche nach dem Gesetze dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des andern Theiles zufließen und welche vorliegend (nach Reformation V. 4. § 5, 6) in der Hälfte der vom Verstorbenen herkommenden fahrenden Habe und dem Nießbrauche an dem der Tochter zweiter Ehe zufallenden Theile des Immobiliar-Nachlasses bestanden haben würden. — Diese Meinung ergibt sich — abgesehen von der technischen Bedeutung des gewählten

Ausdrucks — aus einer genaueren Betrachtung des in dem citirten Entscheidungsgrunde befolgten Gedankenganges. Das Stadtgericht stellt sich zunächst, um die Größe des Pflichttheils ausfindig zu machen, auf den Standpunkt, als sei gar kein Testament hinterlassen, vielmehr eine Intestat-Erbtheilung vorzunehmen. Wenn es hier von der unter Einwerfung der vier Bankactien und der „Angabe auf das Haus" zu bildenden „gemeinsamen Erbmasse" spricht, so kann darunter nicht das gesammte, in der Hand des verstorbenen Beyerbach vereinigt gewesene Vermögen, welches gar nicht den Gegenstand der derzeitigen Beerbung abgibt, sondern nur derjenige Theil dieses Vermögens verstanden sein, der, als Eigenthum des Verstorbenen, dessen Erbmasse bildet, die bis dahin noch eine sämmtlichen Erben „gemeinsame" ist; und wenn von dieser Masse, die (wie sub a. jenes Entscheidungsgrundes speziell angedeutet ist) durch vorgängige Ausscheidung u. A. auch der Illaten und Errungenschaftshälfte der zweiten Ehefrau gebildet wird, „die Statutar-Portion" der Wittwe abgezogen werden soll, so ist dies selbstverständlich nicht wieder jene Errungenschaftshälfte, sondern die der Wittwe ab intestato gebührende Hälfte der dem Verstorbenen eigenthümlich zugehörenden fahrenden Habe. Ebensowenig kann bei der zweiten Erwähnung der Statutar-Portion (s. oben sub 2) an die halbe Errungenschaft gedacht sein. Es handelt sich hier um die Frage, was der Erblasser unter dem der Wittwe zugewendeten „Kindestheil" gemeint hat. Daß er hierbei von ihrer Errungenschaftshälfte ganz abgesehen wissen wollte, ist so klar, daß das Stadtgericht darüber noch eine Belehrung zu ertheilen sich kaum veranlaßt finden konnte. Zudem ist hier ausdrücklich vom „väterlichen Nachlasse" die Rede. Zu diesem aber gehört die Errungenschaftshälfte der Frau überall nicht. Es konnte also auch deren Abzug gar nicht in Frage kommen. Was dagegen bezweifelt werden mochte, war: ob der Wittwe neben dem Kindestheil auch noch die in der halben fahrenden Habe bestehende Statutgebühr zugedacht sei oder nicht; und diese Frage ist es, die das Stadtgericht, indem es sich an die Bestimmung sub 5 der Verordnung von 1758 anschloß, verneinend entschieden hat. Weit entfernt also, den Ausdruck „Statutar-Gebühr" im Contexte des 6. Entscheidungsgrundes identisch mit dem sub a vorkommenden Ausdrucke „halbe Errungenschaft" zu gebrauchen, hat es

sich desselben vielmehr im bewußten und gewollten Gegensatze zu diesem letzteren bedient. — Es müssen aber auch

b) die vom Stadtgericht am angeführten Orte gegebenen Vorschriften für den Rechten und der Sachlage durchaus entsprechend erachtet werden.

ad I geht freilich die Ansicht mehrerer Schriftsteller über Frankfurter Recht dahin, daß, bei Berechnung des Pflichttheils der Descendenten, die Statutarportion des überlebenden Ehegatten von dem Nachlasse nicht vorabzuziehen sei:

Orth, 2. Forts. S. 310.

Adlerflycht, a. a. O. § 301, S. 529.

Bender, Lehrb. des Frankf. Privatr. § 100 sub 3.

Es kann diese Ansicht jedoch für die richtige nicht erachtet werden. Die Reformation Th. IV. Tit. 3, § 8, indem sie bestimmt: den Kindern gebühre als legitima

„wann ein Vatter oder Mutter eins, zwei, drei, bis in vier Kinder hat, der dritte Theil; wann aber der Kindern über vier — seynd, aldann die Hälfte aller (abgezogen der Schulden, so zu bezahlen seynd) des Verstorbenen verlassener Hab und Güter, welche zugleich under alle Kinder soll vertheilt werden," —

schließt sich in Gedankengang und Ausdruck ganz an die von Justinian in Nov. 18 c. 1 gegebene Vorschrift an, und man kann daher nur annehmen, daß sie das gemeine Recht hat reproduciren, nicht, daß sie dasselbe hat abändern oder auch nur eine nach demselben streitige Frage in einem bestimmten Sinne hat entscheiden wollen. Wenn daher jetzt allgemein und mit Recht angenommen wird, daß auch durch die citirte Novelle an dem Prinzipe des älteren Rechtes, wonach der Pflichttheil eine portio portionis ab intestato sei, Nichts habe geändert werden sollen, und dieses Prinzip in seiner Consequenz dahin führe, bei Bestimmung des Pflichttheils die Statutar-Portion des überlebenden Ehegatten von der Masse vorabzuziehen. —

Franke, Notherbrecht S. 211 flg.

Mühlenbruch, Forts. von Glücks Commentar XXXV. S. 256 flg.

Vangerow, Pand. § 475, II. S. 301.

so kann man in der citirten Reformationsstelle überall keinen Grund

finden, welche verhinderte, diese gemeinrechtlich richtigen Sätze auch in Frankfurt zur Anwendung zu bringen, der entgegenstehenden Ansicht der citirten Schriftsteller kann hier um so weniger eine entscheidende Bedeutung beigelegt werden, als Orth, dem die anderen folgen, hauptsächlich nur auf gemeinrechtliche Autoritäten sich stützt, und nicht ersichtlich ist, daß sich eine jener Ansicht entsprechende Praxis in Frankfurt gebildet habe, das Verfahren des Stadtgerichts in der gegenwärtigen Sache vielmehr gegen eine solche spricht.

ad 2. Wenn es sich fragt, was der Erblasser, indem er die zweite Ehefrau auf einen „Kindestheil“ setzte, ihr mehr zugewendet hat, als er ihr zuwenden durfte, so antwortet das Stadtgericht a. a. O. ganz richtig: die Absicht war, daß sie ein volles Viertheil seines nach den Principien unter 1 zu constituirenden Nachlasses, aber nicht mehr, also insbesondere auch nicht daneben noch die Hälfte seiner Mobilien erhalten sollte. Die Differenz zwischen jenem Viertheil und dem nach 1 zu berechnenden Pflichttheile bildet also den Betrag, der der Wittwe wieder abzunehmen und unter die Kinder erster Ehe zu vertheilen ist.

ad 3. Das Recht auf ihre Illaten und die halbe Errungenschaft bleibt der Wittwe dagegen, weil diese beiden Vermögensobjecte gar nicht zum Nachlasse des ꝛc. Beyerbach gehören, ungeschmälert, und sie hat daher diese neben einem dem Pflichttheile eines erstehelichen Kindes gleichkommenden Theile des Beyerbach'schen Nachlasses aus der Gesammtmasse zu beziehen.

Es konnte diesem nach die unter Nr. 4 der appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe enthaltene Erläuterung auch nicht unter dem Gesichtspunkte einer auf Grund des Grav. II voriger Instanz der Kläger zu verfügenden Abänderung des Stadtgerichts-Erkenntnisses aufrecht erhalten, mußte vielmehr dieses letztere in seiner ursprünglichen Gestalt wieder hergestellt werden. Dabei versteht es sich übrigens von selbst, daß der Eintritt des im 6. Entscheidungsgrunde desselben angeordneten Theilungsverfahrens nunmehr erst noch von dem Ergebnisse des in dem gegenwärtigen Urtheile der Beklagten nachgelassenen Beweises abhängt.

V. Anlangend den Kostenpunkt, so erscheint die Verfügung sub IV des Stadtgerichts-Erkenntnisses durch das einzuleitende Beweisverfahren

von selbst suspendirt, wogegen für den Fall, daß der Beweis der Beklagten nicht geführt werden und demnach jenes Erkenntniß in der Hauptsache wieder in volle Kraft treten sollte, auch die dort der Kosten halber getroffene Verfügung als gerechtfertigt sich darstellt. Die Kosten zweiter Instanz mußten verglichen bleiben und hinsichtlich der Kosten gegenwärtiger Instanz war nach Maßgabe des Ergebnisses der Beschwerden in der Hauptsache, so wie im Urtheile geschehen, zu erkennen.

342.

Marc Arnauld in Saintes, Kläger gegen **Maximilian Gerothwohl,** Beklagten, Wechselforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 10. September 1862.

I. — — — — — — — — — — — —

II. In der Sache selbst handelt es sich darum, ob Beklagter in Folge des Schreibens [3] act. zur Zahlung der Wechsel [5, 7, 9] act. im Gesammtbetrag von 8200 fl. verpflichtet sei und ob diese Verpflichtung nur dem Adressaten des Schreibens oder auch dritten Inhabern der demselben gemäß gezogenen Wechsel gegenüber übernommen worden sei.

In dem Schreiben ermächtigte Beklagter am 11. December 1857 von London aus E. Reddon, Geranten der Compagnie Centrale zu Saintes:

2000 fl. auf 6 Wochen dato,
3000 fl. auf Ende Februar 1858,
3200 fl. 3 Monate dato

auf sein Haus in Frankfurt a. M. zu ziehen, indem er bemerkte, daß er demselben bereits Avis gegeben habe und die Wechsel daher bei Vorzeigung gute Aufnahme finden würden. Diese Ermächtigung geschah offenbar zu Handen des damals in London anwesenden Procuraträgers von E. Reddon, Leon Reddon, indem dieser noch an demselben Tage von London aus die Wechsel auf Max Gerothwohl in Frankfurt a. M. zog und dieselben demnächst an den Kläger indossirte. Die Uebereinkunft war daher in London proponirt und angenommen, mithin vollendet abgeschlossen worden, nur die Ausführung derselben hätte noch dahier geschehen sollen. Es ist daher nicht abzusehen, wie dem

Beklagten gegenüber die Vorschriften des französischen Rechtes zur Anwendung kommen sollten. Denn daß der zu London contrahirt habende E. Reddon gleich dem Kläger, welchem die Wechsel indossirt wurden, in Frankreich domiciliren, kann doch keinen Grund abgeben, den Beklagten, welcher zu London eine an seinem hiesigen Domicil zu erfüllende Verbindlichkeit übernommen hatte, in Bezug darauf dem französischen Rechte zu unterwerfen, sondern es müssen um so mehr die hiesigen gesetzlichen Bestimmungen Platz greifen, als sogar angenommen werden muß, daß die Parteien, welche die Wechsel hierher gezogen hatten, resp. dahier zahlen sollten, sich ausdrücklich den hiesigen Gesetzen zu unterwerfen gewillt waren.

Savigny, System Bd. VIII. S. 207 u. flg. S. 257.

Selbstverständlich müssen aber dem ohnerachtet auch fremde Gesetze zur Geltung gelangen, in so weit deren Anwendung durch die hiesige Gesetzgebung vorgeschrieben wird.

Kläger beruft sich nun auf

act. 85 d. allg. D. W. O.,

welcher die wesentlichen Erfordernisse eines im Auslande ausgestellten Wechsels, sowie jeder anderen im Auslande ausgestellten Wechselerklärung nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt haben will, an welchem die Erklärung erfolgt ist, indem er behauptet, daß nach englischem Rechte das Schreiben [3] act. gleich einer auf den Wechseln enthaltenen Acceptation wirke. Das englische Recht erachtet aber, wie beide Parteien übereinstimmend zugeben, ein nicht auf dem Wechsel befindliches Acceptationsversprechen nur in dem Falle einer Acceptation gleich, wenn es auf bereits ausgestellt gewesene Wechsel Bezug hat.

Story's englisches Wechselrecht von Treitschke, § 249.

Das Schreiben [2] act, welches doch nur nach seinem Sinne und Wortverstand ausgelegt werden darf, spricht aber von Wechseln, für deren Ausstellung dem Indossanten des Klägers erst die Ermächtigung ertheilt wurde. Dem Letzteren können daher auch die angezogenen Bestimmungen des englischen Rechtes gar nicht zu gute kommen und es kann ganz außer Betracht bleiben, ob der Art. 85 cit. auch dann Platz greifen könne, wenn durch dessen Anwendung das Wesen eines Wechselaccepts, wie es der Art. 21 erforderlich macht, alterirt würde, und wenn es sich zugleich um einen hierher zu ziehenden und hier zu

zahlenden Wechsel handelt, der daher auch ordnungsmäßig dahier zu acceptiren sein würde.

Daß aber im Uebrigen nach hiesigem Rechte dem Schreiben [2] act. die Wirkung eines Acceptes nicht beigelegt werden dürfe, bedarf unter Hinweis auf den erwähnten Art. 21 der allg. D. W. O. keiner weiteren Ausführung. Eine wechselmäßige Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der Wechsel kann daher in dem vorliegenden Falle nicht angenommen werden und es fragt sich nur noch, ob er sich in anderer Weise dazu verbindlich gemacht habe. Wollte man dies aber auch aus dem Schreiben [2] act. folgern, so würde dies doch immerhin nur ein Rechts-Verhältniß zwischen dem Beklagten und E. Reddon begründet haben,

Lübecker Jurisprudenz in Wechselsachen S. 419,

und wollte man ferner annehmen, daß, wie Kläger behauptet, E. Reddon ihm die Wechselbeträge cedirt habe, so müßte er sich doch die Einreden gefallen lassen, welche dem Beklagten gegen E. Reddon zuständen. Nun war letzterer aber unbestrittenermaßen lange vor Verfall der Wechsel in Fallimentszustand gerathen und Beklagter war daher gar nicht mehr in der Lage dieselben einem Dritten zu zahlen.

l. c. pag. 344.

Ebenso kann es, als eine res inter alios acta, außer Betracht bleiben, ob Beklagter von E. Reddon für die Wechselziehungen und welche Deckung er gehabt, da die von dem Kläger behauptete Cession nur in Bezug auf das Honorirungsversprechen der Wechsel in dem Schreiben [2] act. nicht aber in Bezug auf das Reddon'sche Guthaben an den Beklagten ertheilt worden sein soll.

Nach diesen Bemerkungen muß die Klage, wie sie principaliter gestellt wurde, abgewiesen werden.

Was nun den eventuellen Klagantrag betrifft, so behauptet der Kläger, Beklagter solle von E. Reddon als Deckung für die von demselben auf ihn gezogenen, oben erwähnten Wechsel nachfolgende, von Hymann & Comp. in London ausgestellte von E. Reddon acceptirte Wechsel erhalten, nämlich:

a) 4250 Frs.,
b) 5000 Frs.,
c) 7500 Frs.,
d) 5000 Frs.

Diese Wechsel habe Beklagter gegen die E. Reddon'sche Masse angemeldet und aus derselben Zahlung erhalten, welche er sine causa besitze und daher an ihn, den Kläger, rückzuzahlen verpflichtet sei. Wenn nun auch dieser Klaggrund nicht zutreffend erscheint, da daraus, daß Beklagter etwas sine causa besitzen sollte, noch kein Forderungsrecht des Klägers gefolgert werden könnte, so ergibt sich doch aus dem beklagtischen Vorbringen, daß Beklagter die Wechsel b, c, d lediglich im Interesse des Klägers und zu dessen Gunsten bei der Reddon'schen Masse angemeldet hat, und daß auf dieselben bereits 1479 fl. 57 kr. eingegangen sind, welche er für Kläger herausliquidiren ließ und nach Inhalt der Vernehmlassung bei Wilhelm Friedrich Jäger zu dessen Verfügung hielt. Hiernach ist Beklagter aber auch verpflichtet, dem Kläger diesen Betrag, sowie die aus der Reddon'schen Masse auf diese drei Wechsel weiter eingehenden Dividenden zukommen zu lassen, ohne daß ihm gestattet werden kann, wie er es in dem Nachtrag zur Vernehmlassung [21] act. beabsichtigt, die Auslieferung der resp. Beträge an den Kläger von der Bedingung abhängig zu machen, daß derselbe auf die in der Klage aus den Wechseln [5, 7, 9] erhobenen Ansprüche Verzicht leiste. Denn mit Recht beruft sich Kläger in der Gegenerklärung darauf, daß ihm Beklagter nach seinem eigenen Vorbringen zu diesen Leistungen mindestens als negotiorum gestor verbunden sei. Bezüglich des Wechsels unter a über 4250 Frs. wurde aber von keiner der Parteien behauptet, daß Beklagter denselben für den Kläger bei der Reddon'schen Masse angemeldet habe. Es fehlt daher an einem Rechtsgrunde, nach welchem Beklagter dem Kläger auch die aus diesem Wechsel aus der Reddon'schen Masse erhaltenen Dividenden zu überlassen haben sollte.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

B. (die Erledigung dieser Auflage vorausgesetzt) wird Beklagter für schuldig erkannt, die aus der Reddon'schen Masse auf die oben unter b, c und d erwähnten Wechsel erhaltenen 1479 fl. 57 kr. und weiter eingehenden Dividenden an den Kläger zu verabfolgen, im Uebrigen aber wird Letzterer mit der erhobenen Klage abgewiesen und schuldig erkannt, dem Beklagten $^{5}/_{8}$ der entstandenen Streitkosten zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 22. December 1862.

Auf Appellation des Klägers und Adhäsion des Beklagten.

Der Beklagte hat von London aus in seinem Schreiben vom 11. December 1857 [2] der Stadt-Ger.-Act. den Geranten der Compagnie Centrale zu Saintes, E. Reddon, ermächtigt:

2000 fl. auf 6 Wochen dato,
3000 fl. auf Ende Februar 1858,
3200 fl. auf 3 Monate dato

auf sein Haus in Frankfurt a. M. zu ziehen, indem er in diesem Schreiben bemerkte, daß er seinem Hause durch die heutige Abendpost Avis gegeben habe, und die Wechsel daher bei Vorzeigung gute Aufnahme finden würden. Der damals zu London anwesende Procuraträger von E. Reddon, Leon Reddon, der das Schreiben vom 11. December 1857 von dem Beklagten, wie in der Vernehmlassung S. 24 behauptet und in der Gegenerklärung S. 23, 24 zugegeben wurde, in Empfang genommen hatte, zog an dem nämlichen Tage von London aus die Wechsel [5, 7, 9] der Stadt-Ger.-Act. auf Max. Gerothwohl in Frankfurt a. M. und indossirte sie am 16. December 1857 zu Saintes an den Kläger. Der Letztere hat die Zahlung dieser Wechsel von dem Beklagten verlangt, der Beklagte hat aber diese Zahlung verweigert. Es handelt sich nun darum, ob der Beklagte in Folge der in dem Schreiben vom 11. December 1857 enthaltenen Honorirungs-Zusage zur Zahlung der diesem Schreiben gemäß gezogenen Wechsel [5, 7, 9] der Stadt-Ger.-Act. dritten Inhabern derselben, also jetzt dem Kläger gegenüber, verpflichtet sei.

Der Kläger hat die Behauptung aufgestellt, daß die in dem Schreiben vom 11. December 1857 enthaltene Honorirungs-Zusage sowohl nach französischem, wie auch englischem und deutschem Recht mit einer Acceptation dieser Wechsel gleichbedeutend sei.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob jener Honorirungs-Zusage nach französischem Recht die Wirkung einer Acceptation beizulegen ist. Denn da der Beklagte mit Leon Reddon, dem Procuraträger von E. Reddon, nicht in Frankreich, sondern in London contrahirt hat,

das, jene Honorirungs-Zusage enthaltende Schreiben vom 11. December 1857 in London von dem Beklagten ausgefertigt und von Reddon in Empfang genommen worden ist, und da die von dem Beklagten durch das Schreiben vom 11. December 1857 übernommene Verbindlichkeit nicht in Frankreich, sondern in Frankfurt zu erfüllen war, so kann hier offenbar von der Anwendung des französischen Rechts nicht die Rede sein.

Was sodann das englische Recht betrifft, so kann danach, selbst wenn man annehmen wollte, daß dasselbe in dem vorliegenden Fall zur Anwendung zu kommen habe, die erwähnte Honorirungs-Zusage einer Acceptation nicht gleich geachtet werden. Denn nach dem englischen Recht gilt, was zwischen den Parteien unbestritten ist, das in einer besonderen Schrift gegebene Versprechen, einen Wechsel zu bezahlen, nur in dem Fall für ein Accept, wenn es sich auf einen bereits gezogenen Wechsel bezieht.

Kletke, Encyclopädie des Wechselrechts Bd. 1, S. 159.
Story, Englisches Wechselrecht § 249.
Bender, Wechselrecht Bd. 1, S. 432.

Nun hat der Beklagte in dem Schreiben vom 11. December 1857 keineswegs die Honorirung bereits gezogener Wechsel zugesagt, vielmehr hat er in diesem Schreiben erst den Reddon ermächtigt, die dort erwähnten Wechsel auf sein Haus zu ziehen, und diesen Wechseln hat er sodann gute Aufnahme von Seiten seines Hauses zugesichert. Auch hat der Kläger auf Seite 2 seiner Klage selbst angegeben, daß der Beklagte zuerst mündlich und sodann in dem Brief vom 11. December 1857 schriftlich versprochen habe, die Wechsel von 2000 fl., 3000 und 3200, die der Kläger auf sein Haus ziehen solle, deren Ziehung also noch bevorstand, zu honoriren.

Eine mündliche Zusage, einen Wechsel, welcher erst noch gezogen werden soll, zu honoriren, ist aber nach englischem Recht ebensowenig, wie eine darauf gerichtete schriftliche Zusage dem Accept dieses Wechsels gleich zu achten.

Vergl. die oben angezogenen Schriftsteller a. a. O.

Story, Englisches Wechselrecht § 246.
Hoffmann, Wechselrecht S. 104.

Daß endlich nach deutschem Recht der Honorirungs-Zusage in dem Schreiben vom 11. December 1857 die Wirkung eines Accepts nicht beigelegt werden kann, ist nach Art. 21 der D. W. O. außer allem Zweifel.

Hiernach kann von einer wechselmäßigen Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Wechsel an den Kläger nicht die Rede sein, und entsteht nunmehr noch die Frage, ob dem Beklagten eine sonstige nicht wechselmäßige Verpflichtung zur Zahlung dieser Wechsel an den Kläger obliege.

Da die Honorirungszusage in dem Schreiben vom 11. December 1857 von dem Beklagten dem E. Reddon und nicht dem Kläger gegeben worden ist, so kann aus dieser Zusage, insofern man sie allein in Betracht zieht, nur E. Reddon, nicht aber der Kläger Rechte gegen den Beklagten herleiten, und kann somit der Kläger lediglich auf Grund dieser Honorirungs-Zusage die Zahlung der eingeklagten Wechsel von dem Beklagten nicht verlangen.

Erkenntniß des O.-A.-Ger. vom 27. April 1856 in Sachen Klestrup ca. Roosen in der Jurisprudenz des O.-A.-Ger. in Wechselsachen S. 419.

Heise, Handelsrecht S. 198.

Mittermaier, Deutsches Privatrecht § 241.

Hat aber der Beklagte dem Kläger eine Honorirungs-Zusage gar nicht ertheilt, so kann Letzterer auch nicht, wie in der Klage geschehen ist, eine Entschädigung dafür verlangen, daß derselbe ihm gegenüber dieser Zusage nicht entsprochen habe.

Wenn der Kläger auf S. 53 der Gegenerklärung die Behauptung aufgestellt hat, daß der Beklagte ihm ex delicto zum Schadensersatz im Betrag der eingeklagten Wechsel verbunden sei, so ist diese erst an der gedachten Stelle nachgeschobene Behauptung als verspätet schon formell unzulässig und daher mit Recht im stadtgerichtlichen Erkenntniß unbeachtet geblieben.

Der Kläger behauptet sodann, daß ihm E. Reddon das Schreiben vom 11. December 1857 bei der am 16. December 1857 zu Saintes erfolgten Indossirung der fraglichen Wechsel übergeben, und daß er ihm die demselben aus diesem Schreiben zustehenden Rechte gegen den Beklagten ausdrücklich cedirt habe.

Der Beklagte hat diese Behauptung in Abrede gestellt, das Stadtgericht geht nun von der Ansicht aus, daß diese Cession, vorausgesetzt, daß sie wirklich stattgefunden hat, dem Beklagten gegenüber eine Wirkung nicht äußern könne, weil C. Reddon unbestrittenermaßen lange vor Verfall der im Schreiben vom 11. December 1857 aufgeführten Wechsel in Fallimentszustand gerathen und Beklagter deshalb gar nicht in der Lage gewesen sei, dieselben einem Dritten zu zahlen.

Es kann indessen dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Mit Ungrund beruft sich das Stadtgericht zu deren Rechtfertigung auf die Entscheidungsgründe zum oberappellationsgerichtlichen Erkenntniß vom 3. October 1827 in Sachen Köhler ca. Gravenhorst.

Jurisprudenz des O.-A.-Ger. in Wechselsachen S. 342 ff.

Diese Entscheidungsgründe behandeln lediglich die Frage, ob in dem Fall, wenn der Trassant, der einen Wechsel gezogen und in Umlauf gesetzt hat, fallit geworden ist, dessen Güterpfleger berechtigt sind, dem Trassaten, bevor er den Wechsel acceptirt hat, die Zahlung desselben an den Remittenten zu verbieten, und diese Frage wird daselbst bejaht. Der gegenwärtige Fall ist aber von dem in jenen Entscheidungsgründen erwähnten Fall wesentlich verschieden. Denn hier hat nicht nur C. Reddon die in Rede stehenden drei Wechsel auf den Beklagten gezogen und in Umlauf gesetzt, sondern der Beklagte hat auch bereits in seinem Schreiben vom 11. December 1857 dem Reddon die Honorirung dieser Wechsel versprochen und soll außerdem das Recht aus diesem Honorirungsversprechen von Reddon auf den Kläger übergegangen sein. Ein von Seiten des Reddon oder seinem Güterpfleger an den Beklagten erlassenes Zahlungsverbot liegt überdies nicht vor und es läßt sich somit in keiner Weise einsehen, wie die gedachten Entscheidungsgründe, die von einem Wechsel, dessen Honorirung von dem Trassaten versprochen worden ist, gar nicht reden, auf den vorliegenden Fall anwendbar sein können.

Der Trassat, der dem Trassanten die Honorirung eines von demselben auf ihn gezogenen Wechsels unbedingt versprochen hat, ist zur Erfüllung dieses Versprechens selbst dann verbunden, wenn der Trassant nach Leistung dieses Versprechens in Fallimentszustand gerathen ist. Denn dieses Versprechen, schlechthin gegeben, enthält

keineswegs die Bedingung: rebus sic stantibus. Hierbei wird indessen doch immer vorausgesetzt, daß der Trassant dem Trassaten für den Wechsel, dessen Honorirung von Letzterem versprochen worden ist, genügende Deckung angeschafft hat. Ist dies nicht geschehen, und stellt demungeachtet der Trassant gegen den Trassaten auf Honorirung dieses Wechsels eine Klage an, so wird dieser Klage des Trassanten, oder eines etwaigen als Kläger auftretenden Cessionars desselben, in wirksamer Weise mit der Einrede des dolus oder der Einrede der fehlenden Gegenleistung begegnet.

Thöl, Wechselrecht S. 162
Cropp, Gutachten S. 72
Treitschke, Encyclopädie des Wechselrechts Bd. 1. S. 50, 51.

Der Beklagte hat nun die bestimmte Behauptung aufgestellt, daß er bei dem Mangel einer genügenden Deckung dem falliten E. Reddon oder seinem angeblichen Cessionar, dem Kläger gegenüber, zur Einlösung der eingeklagten drei Wechsel nicht verbunden sei.

Auf Seite 10 der Klage hat der Kläger allerdings angegeben, daß der Beklagte als Deckung für die eingeklagten drei Wechsel vier von L. Hyman & Cie. in London auf Reddon ausgestellte, von Letzterem acceptirte Wechsel von 4250 Frcs., 5000 Frcs., 7500 Frcs. und 5000 Frcs. erhalten habe. Dagegen hat der Beklagte auf Seite 35 der Gegenerklärung geläugnet, daß diese Wechsel, deren Empfang er zwar zugibt, von ihm als Deckung für die eingeklagten drei Wechsel angenommen worden seien.

Unbestritten ist jedenfalls zwischen den Parteien, daß auf diese vier Hyman'schen Wechsel aus der Reddon'schen Fallitmasse nur eine Dividende von $18^2/_5$% zur Verfügung des Beklagten, der diese Wechsel nach Seite 10, 14 der Klage gegen die Fallitmasse von Reddon angemeldet hat, und auf den sie hiernach zurückgegangen waren, bezahlt worden ist.

Wären nun diese vier Wechsel wirklich nach der Angabe des Klägers dem Beklagten als Deckung für die auf ihn gezogenen drei Wechsel gegeben worden, so würde der Kläger als Cessionar des Reddon nicht mehr als den Betrag jener Dividende von $18^2/_5$% von dem Beklagten in Anspruch nehmen können, indem ja der Beklagte, der nach Seite 11 der Klage für diese vier Hyman'schen Wechsel,

welche er bereits begeben hatte, weil sie von dem Acceptanten Reddon nicht bezahlt wurden, den empfangenen Betrag und zwar, wie unbedenklich, zumal da der Kläger einen geringeren Betrag nicht anzugeben vermochte, anzunehmen ist, im Weg des Wechselregresses ganz wieder zurückgeben mußte, wegen der verbleibenden 81 3/5 % vollständig ungedeckt erscheinen, und es somit rücksichtlich dieser 81 3/5 % an der erforderlichen Gegenleistung von Seite des Reddon als Cedenten des Klägers fehlen würde.

Vergl. die angezogenen Schriftsteller a. a. O.

Der Beklagte hat sich nun auch in seiner Vernehmlassung Seite 46 bereit erklärt, die erwähnte auf die Hyman'schen Wechsel von 5000 Frcs., 7500 Frcs. und 5000 Frcs. entfallene, mit 1459 fl. 57 kr. berechnete Dividende von 18 2/5 % an den Kläger, in dessen Interesse er jene Wechsel gegen die Reddon'sche Masse liquidirt haben will, zu bezahlen, und ist er hierzu durch das angefochtene stadtgerichtliche Erkenntniß für schuldig erkannt worden, dagegen verweigert er die Zahlung der auf den Hyman'schen Wechsel von 4250 Frcs. entfallenen Dividende von 18 2/5 %, indem er diesen Wechsel bereits am 14. October 1857 von Hyman & Cie. zur Befriedigung für eine ihm an dieselben zustehende Forderung erhalten habe.

Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte auch den Betrag dieser Dividende, sammt weiter eingehenden Dividenden in dem Fall an den Kläger als Cessionar des Reddon bezahlen muß, wenn seine Behauptung, daß Ersterer den fraglichen Hyman'schen Wechsel von 4250 Frcs. zu seiner Deckung erhalten habe, richtig sei. Bei dem Widerspruch des Beklagten ist es Sache des Klägers, den Beweis dieser Behauptung, neben dem Beweis, daß ihm Reddon seine Rechte gegen den Beklagten aus dem Schreiben vom 11. December 1857 ausdrücklich cedirt habe, zu übernehmen.

Dagegen kann der Beklagte zur Zahlung eines weiteren Betrags, da er hierfür Deckung nicht hat, keineswegs für schuldig erkannt werden.

Der Kläger hat in seiner Klage Seite 4 noch weiter vorgebracht, daß die Cession des dem E. Reddon aus der Honorirungszusage des Klägers in seinem Schreiben vom 11. December 1857 zustehenden Rechts, wenn sie auch nicht ausdrücklich erfolgt sei, doch unter den

vorliegenden Umständen nach dem in Frankreich, eventuell in England, eventuell in Deutschland geltenden Recht, mindestens nach dem dortselbst anerkannten Handelsgebrauch, gesetzlich oder selbstverständlich sei. Dieses Vorbringen ist indessen schon wegen seiner Unbestimmtheit, und da insbesondere eine Berufung auf gewohnheitsrechtliche Sätze oder speziell auf Handelsüsancen, um Berücksichtigung zu finden, namentlich um zum Gegenstand einer Beweisführung gemacht zu werden, einer näheren Darlegung und Begründung bedarf,

Entscheidungsgründe zum Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 30. Mai 1861 i. S. Dirk van Vorst & Zoon ca. Rapp, *)

nicht zu beachten.

Der Beklagte kann sich übrigens gegen die Wirksamkeit der von dem Kläger behaupteten ausdrücklichen Cession ihm gegenüber mit Grund nicht auf den Art. 1690 des Code civil, wo es heißt:

Le cessionaire n'est saisi à l'ègard des tiers que par la signification du transport faite an débiteur,

sowie darauf berufen, daß er vor der gegen ihn erhobenen Klage von dieser Cession nicht in Kenntniß gesetzt worden sei; denn die angezogene Bestimmung spricht blos den Grundsatz des gemeinen Rechts aus, daß der debitor cessus, bevor ihm der Cessionar die Anzeige von der Cession gemacht hat, an den Cedenten rechtsgültig seine Schuld abtragen kann.

Heiße und Cropp, Abhandlungen Bd. 2, S. 372.

Enthielte aber auch diese Bestimmung eine Abweichung von dem gemeinen Recht, so hat doch der Beklagte an der nämlichen Stelle seiner Vernehmlassung selbst erklärt, daß hier das französische Recht nicht anwendbar ist. — Wenn hiernach die Einleitung eines Beweisverfahrens erforderlich erscheint, und deßhalb die Entscheidung über die Kosten erster Instanz vorerst ausgesetzt bleiben muß, so sind damit die beiderseits wegen der Kosten aufgestellten Beschwerden erledigt.

Aus diesen Gründen wird Abschnitt B des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 10. September l. J. insoweit bestätigt, als dasselbe den Beklagten für schuldig erkannt hat, die aus der Reddon-

---

*) Siehe Band VI. S. 65.

schen Masse auf die unter b, c, d erwähnten Wechsel erhaltenen 1479 fl. 57 kr. und weiter eingehenden Dividenden an den Kläger zu verabfolgen, im Uebrigen aber dahin abgeändert:

Kläger hat binnen einer von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist vorbehältlich des Gegenbeweises für den Beklagten zu beweisen,

1) daß ihm E. Reddon das Schreiben des Beklagten vom 11. December 1857 [3] am 16. December 1857 bei der zu Saintes erfolgten Indossirung der eingeklagten Wechsel übergeben und ihm die demselben aus diesem Schreiben gegen den Beklagten zustehenden Rechte cedirt habe,

und

2) daß dem Beklagten zur theilweisen Deckung für die eingeklagten Wechsel der auf Seite 10 der Klage erwähnte, von L. Hyman & Comp. in London auf Reddon ausgestellte und von Letzterem acceptirte Wechsel von 4250 Frcs. übergeben worden sei.

Je nach dem Ergebniß dieser Beweisführung ist von dem Stadtgericht in der Hauptsache, sowie wegen der Kosten, anderweitiges Erkenntniß zu erlassen.

Die Kosten dieser Instanz werden verglichen und hat Appellat dem Appellanten den Protokoll- und Urtheilsstempel zur Hälfte zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 10. October 1863.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 22. December 1862, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, die erste Beweiscopulative jedoch in Wegfall zu bringen sei.

Von den Kosten gegenwärtiger Instanz werden drei Viertheile verglichen, in ein Viertheil wird der Beklagte verurtheilt und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Der Kläger verlangt in gegenwärtiger Instanz, ebenso wie in der vorigen, in der Hauptsache eine Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit seiner Klagbitte, also zur Bezahlung der drei eingeklagten Wechsel nebst Spesen und Kosten. Dieses Verlangen wird

A. auf die Annahme gestützt, das in [3] der Stadtger.-Acten ersichtliche Schreiben des Beklagten an E. Reddon, den Geranten der Compagnie Centrale in Saintes, d. d. London, den 11. December 1857, in welchem er diesen autorisirt auf sein, des Beklagten, Haus in Frankfurt die Beträge von 2000, 3000, 3200 fl., resp. sechs Wochen dato, Ende Februar und drei Monat dato zu ziehen, mit dem Bemerken, daß er, Beklagter, mit der Abendpost hiervon Avis dorthin habe gelangen lassen und daß die Tratten beim Vorkommen daselbst gute Aufnahme finden würden, stehe einem Accepte auf den drei in London am 11. December 1857 per Procura von E. Reddon durch Leon Reddon auf Max Gerothwohl in Frankfurt in Uebereinstimmung mit dem Inhalt des erwähnten Schreibens gezogenen Tratten, deren Inhaber zufolge Indossaments vom 16. December 1857 der jetzige Kläger ist, und welche seiner Zeit Mangels Zahlung gehörig protestirt sind, vollkommen gleich. Allein dies ist nicht der Fall. Denn

1. der obgedachte Brief ist geschrieben in London, dem damaligen temporären Aufenthalt des Beklagten und des Bevollmächtigten von E. Reddon. Es hat daher schon an sich Alles gegen sich, bei beiden die Absicht anzunehmen, ihre Rechtsverhältnisse aus einem dort abgeschlossenen Vertrage dem englischen Rechte zu unterwerfen. Der Brief selbst ist gerichtet an eine in Frankreich lebende Person und enthält Zweierlei. Einmal einen Auftrag, den Wechsel über gewisse Beträge, zahlbar in gewissen Fristen, zu ziehen; sodann ein Versprechen, welches dahin geht, gedachte Wechsel würden an dem Sitz der Handlung des Beklagten bezahlt werden. Nahm der Addressat, gleichgültig ob in Person oder durch einen Bevollmächtigten, Auftrag und Versprechen an, so unterwarf er sich, jedenfalls hinsichtlich der Wirkungen des Versprechens, dem Rechte des Ortes, wo dieses erfüllt werden sollte, also dem Rechte von Frankfurt.

Mit Recht haben daher beide vorige Urtheile angenommen, daß die Frage, ob die obgedachten drei Wechsel in gehöriger Form acceptirt seien, nach der deutschen Wechsel-Ordnung Art. 21 zu beantworten und zu verneinen sei.

Gleichwohl würde auch dann, wenn man das englische Recht zum Grunde legen würde, ein den Klägern günstigeres Resultat nicht zu erzielen sein, da durch ein neues, in den Acten unberücksichtigt gebliebenes Gesetz

19 und 20 Vict. c. 97. s. 6.

verordnet worden ist, daß kein Accept auf irgend einen Wechsel, er sei inländisch oder ausländisch, nach dem 31. December 1856 anders rechtsverbindlich sein soll, als wenn es auf dem Wechsel oder einem Exemplar desselben vom Acceptanten oder seinem Bevollmächtigten geschrieben ist.

Siehe

Byles of exchange etc. 8. ed. London 1862, S. 173 bis 175, S. 498.

Besondes aber

Chitty, on bills of exchange etc. by Russel and Maclachlan. 10. ed. London 1859, S. 195 bis 198, S. 599.

Die Nothwendigkeit der Anwendung dieses Statuts auf die am 11. December 1857 gezogenen Wechsel würde aber völlig unzweifelhaft sein. Daß endlich auch nach französischem Rechte eine ganz gleiche Entscheidung erfolgen müßte, bedurfte keiner Ausführung, da die Unanwendbarkeit dieses Rechtes auf den vorliegenden Fall auf der Hand liegt.

Der Kläger hält aber seinen Antrag eventuell auch dann aufrecht, wenn, wie geschehen mußte,

B. das Schreiben vom 11. December 1857 nur als Acceptationsversprechen an den Trassanten aufgefaßt wird. Denn nach dem hier in Beihalt der Ausführungen unter A zur Anwendung kommenden deutschen, insbesondere auch Frankfurter Recht, erzeugt ein derartiges Versprechen, wie mit den vorigen Urtheilen angenommen werden muß, und wofür sich dieselbn mit Recht auf

Hamb. S. Klestrup ca. Roosen 29. April 1856, S. 6

bezogen haben, nur eine Verbindlichkeit zwischen den Personen, die ein

derartiges Versprechen gegeben, resp. angenommen haben. Es würde sich daher zunächst fragen, ob der Kläger auf Grund der von ihm behaupteten Cession des in Rede stehenden Versprechens ein Klagrecht auf den vollen Betrag der eingeklagten Wechsel erwerben konnte. Dies ist jedoch nicht der Fall, da das Recht aus jenem Versprechen höchst persönlicher Natur ist und eine Uebertragung desselben mittelst Cession unstattnehmig erscheint. Denn jenes Versprechen geht dahin, für den Fall, daß der Promissar durch Ziehung von Wechseln Mandant des Promittenten werden sollte, das Mandat auszuführen, also Mandatar zu werden. Das Mandatsverhältniß als solches kann aber nicht übertragen werden, sondern nur die einzelnen aus demselben hervorgegangenen Forderungen, deren Existenz und Umfang lediglich aus der Person des — derzeit falliten — Mandanten zu beurtheilen sein würde, was in concreto zur Abweisung der geltend gemachten Forderungen führen mußte.

Eines Eingehens auf die Grundsätze der auswärtigen Rechte bedurfte es auch bei diesem Punkte nicht und genügt die Bemerkung, daß auch sie zu dem oben angeführten Ergebniß führen würden.

Sirey, Codes annotés C. c. art. 122, Nr. 16 bis 19.
Chitty, a. a. O. 196, 197.

Daß aber

C. die Thatsache dieses Versprechens für sich allein, insofern der Kläger durch dieselbe veranlaßt sein sollte, die Wechsel auf sich indossiren zu lassen, den Beklagten dem Kläger gegenüber ex delicto nicht verbindlich machen könne, bedarf, auch abgesehen von dem formellen in voriger Instanz geltend gemachten, nach [1] S. 13 zweifelhaften Bedenken, schwerlich einer weiteren Ausführung. Auch hat der vom Kläger behauptete Selbstverstand der Cession der Forderung aus dem Briefe vom 11. December 1857 weder nach irgend einem der hier in Betracht kommenden Gesetze oder nach Gewohnheitsrecht, wie mit den Gründen zum vorigen Urtheil S. 14 anzunehmen, eine rechtliche Basis.

Steht sonach die Verwerflichkeit der Hauptbeschwerde des Klägers fest, so fragt es sich

II. ob derselbe ein Recht hat auf die für die eingeklagten Wechsel dem Beklagten gewordene Deckung, hier also auf die Dividenden aus den Hyman'schen Wechseln, insbesondere, da dieses Recht nach [1] S. 4 der Ober-Appellationsgerichtsacten für drei derselben von dem

Beklagten anerkannt und der Dividendenbetrag bereits bezahlt ist, ob der gleiche Anspruch auch für den vierten zum Betrage von 4250 Frcs. bestehe, oder ob in Gemäßheit der Hauptbeschwerde des Beklagten das Stadtgerichtsurtheil herzustellen und die von dem Appellationsgerichte dem Kläger auferlegten Beweise zu beseitigen seien. In factischer Beziehung war hier davon auszugehen, daß am 16. December 1857, wo die eingeklagten Wechsel von E. Reddon an den Kläger indossirt sind, über Letzteren noch kein Concurs ausgebrochen war. Denn der Beklagte hat in seiner Duplik die bestimmte Behauptung des Klägers in der Replik, daß solches erst im Januar 1858 stattgefunden, unbeantwortet gelassen, und ist demnach dieses Umstandes für geständig zu achten, um so mehr, als es ihm leicht gewesen sein würde, den nach C. c. art. 441 festgesetzten Anfangstermin des Concurses in Erfahrung zu bringen. In rechtlicher Beziehung dagegen bedurfte es einer Beantwortung der Fragen, ob in der Cession des Acceptationsversprechens nicht stillschweigend eine Uebertragung der Deckung enthalten, und ob die behauptete Cession nach französischem Rechte zu Recht beständig sei, nicht. Denn nach diesem Recht, welches bei der Frage nach den Wirkungen der Indossirung von E. Reddon auf den Kläger maßgebend sein muß, besteht ein Anspruch des Indossatars auf die vorhandene Deckung auch ohne Cession, worüber nach der französischen Doctrin und Jurisprudenz bis auf die neueste Zeit

vergl. die Fälle und Nachweisungen bei Sirey Receuil des lois et arrêts par Devilleneuve et Carette 1854, 1 — 593 und Note 1 — 3. 1856, 2 — 692 und Note 1,

in einem Falle der vorliegenden Art kein Zweifel obwalten kann. Selbst dann aber, wenn man der Meinung wäre, daß dieser Gesichtspunkt in den Acten nicht geltend gemacht sei, würde es keinen Anstand haben, den Rechtssatz, jura novit curia von Amts wegen zur Anwendung zu bringen, woraus sich denn für die klägerische Beschwerde als minus die Nothwendigkeit einer Beseitigung der ersten vom Appellationsgerichte auferlegten Beweiscopulative, für die Beschwerde des Beklagten aber deren Verwerflichkeit ohne Weiteres ergibt.

Ueber die Kosten dieser Instanz war nach Maßgabe der Verwerfung, Berücksichtigung und Erheblichkeit der Beschwerden, wie im Urtheile geschehen, zu erkennen.

343.

Ph. Sch., Kläger und Widerbeklagter gegen seine Ehefrau, **Marg. Sch.**, Beklagte und Widerklägerin, Ehestreitigkeiten betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 20. März 1863.

I. Kläger sucht seine Ehescheidungsklage auf Nr. 1, 5, 6, 7 und 8 des Gesetzes vom 19. November 1850 zu gründen. Er kann aber nicht behaupten, daß seine Frau die Ehe gebrochen, noch angeben, wann und zu welcher schweren peinlichen Strafe dieselbe verurtheilt worden sei. Auch vermag er nicht zu circumstantiiren, in wie ferne ein unversöhnlicher Haß zwischen beiden Ehegatten bestehe; denn seine bloße Behauptung, daß sie sich in der weitgehendsten Bedeutung des Wortes haßten, muß doch offenbar zur Gewährung eines Ehescheidungsgrundes ungenügend erscheinen. Auch sein Vorbringen, daß ihn seine Frau auf alle Weise zu verläumden suche und er sich die beleidigendsten Anschwärzungen gefallen lassen müsse, ist viel zu unbestimmt, um daraus den Ehescheidungsgrund harter Mißhandlung oder fortgesetzter grober Beleidigungen entnehmen zu können, zumal da Kläger, obgleich in der Vernehmlassung darauf hingewiesen, auch in der Replik die erforderlich gewesenen näheren Angaben schuldig geblieben ist. Dagegen müßte der weitere aus Nr. 6 des allegirten Gesetzes hergenommene Ehescheidungsgrund, daß Beklagte in der ehelichen Wohnung das Gewerbe der Kuppelei getrieben und dadurch die eheliche Nahrung in Rückgang gekommen und der Ruin der Familie herbeigeführt worden sei, eine Beweisauflage gestatten, gegen welche es selbstverständlich der Beklagten gegenbeweislich darzuthun vorbehalten bleiben müßte,

daß Kläger selbst den Ruin des Geschäfts und der Familie veranlaßt, resp. dabei mitgewirkt habe.

II. Die von der Beklagten erhobene Desertionsklage ist sofort liquid. Denn wenn sie auch zu einer zeitweisen Trennung der Ehegatten ihre Einwilligung gegeben haben sollte, so wäre dies für sie eines Theils nicht bindend und widerruflich, anderen Theils muß Widerbeklagter die unterdeß eingetretene Veränderung der Umstände selbst zugeben, da nach seinem eignen Vorbringen die Bretterhütte in der Nähe der linksmainischen Eisenbahn, in welcher er mit Einwilligung seiner Frau seine Wohnung aufgeschlagen haben will, seitdem abgebrannt ist und er sich zur Zeit ganz ohne feste Wohnung herumtreibt. Der Widerbeklagte ist daher vor Allem verpflichtet zu seiner Frau zurückzukehren und es kann die weitere Verhandlung der Vorklage erst dann in Frage kommen, wenn er der ihm deshalb zu machenden Auflage nachgekommen sein wird.

Hiernach wird zu Recht erkannt:

A. Dem Kläger und Widerbeklagten wird aufgegeben, binnen 8 Tagen in die eheliche Wohnung zurückzukehren und die Ehe mit seiner Frau fortzusetzen.

B. Die Erfüllung dieser Auflage vorausgesetzt, hat derselbe binnen vorzuberaumender Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun:

daß Beklagte durch den in der Klage angegebenen unsittlichen Lebenswandel den Ruin der Familie verschuldet habe.

C. Bleibt weitere Verfügung vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 1. Mai 1863.

Auf Appellation des Klägers und Inhibitions-Gesuch der Beklagten.

Das Gesetz vom 7. November 1848, § 62 schreibt dem Appellaten eine achttägige Frist vor, binnen welcher von dem Rechte der Adhäsion Gebrauch gemacht werden muß. Eine Bestimmung aber, wonach die

mündliche Verhandlung über die Berufung des Appellanten vor Ablauf dieser Frist nicht stattfinden dürfte, enthält das Gesetz nirgends.

Es erscheint daher in dringenden Sachen, wo, wie im vorliegenden Falle nach § 14 desselben Gesetzes sofort Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung mit Decret anzuordnen ist, die Adhäsionsbefugniß des Appellaten gewahrt, wenn demselben die Möglichkeit in der vorgeschriebenen Form zu adhäriren bei Ansetzung der Tagfahrt unbenommen bleibt.

Die am 27. auf den 29. April l. J. zur Verhandlung geladene Appellatin war aber wohl in der Lage noch eine etwaige Adhäsion zu überreichen, und ihr verwahrender Einspruch gegen die Verhandlung der Sache kann daher um so weniger Beachtung finden, als die Appellatin einen Verhinderungsgrund nicht einmal angegeben hat. Die Sache selbst anlangend, so ist die von dem Widerbeklagten gegen Abschnitt A des stadtgerichtlichen Bescheids vom 20. März und des Inhäsivdecrets vom 20. April l. J. erhobene Beschwerde für begründet zu erkennen.

In [11] act. 1ae S. 6 und 7 räumt der Widerbeklagte ein, die eheliche Wohnung verlassen zu haben, stellt jedoch jede bösliche Absicht in Abrede und bezeichnet als Zweck und Grund seiner Abwesenheit vom Hause die Errichtung und den Betrieb einer Kantinenwirthschaft an der linksmainischen Eisenbahn für die Zeit, während welcher dort vorübergehend gearbeitet werde.

Die Widerklägerin hat in [12] act. 1ae S. 10, 11 wohl ihre von dem Widerbeklagten weiter behauptete ausdrückliche Zustimmung zu dem Ueberzuge geläugnet, dagegen den von ihrem Manne angegebenen Zweck und die Ursache der Abwesenheit eingeräumt.

War sonach die Abwesenheit des Ehemanns, welcher als Haupt der Familie zunächst für deren Erhaltung zu sorgen verbunden ist und zu dem Ende auch seinen Aufenthalt bestimmen kann, eine in den ehelichen Erwerbs-Verhältnissen begründete und daher zu billigende, und erscheint auch, nachdem die Kantine wie feststeht inzwischen abgebrannt ist, der anderweitige Betrieb einer Wirthschaft für die Eisenbahnarbeiter durch den Widerbeklagten thunlich und statthaft, so fehlt es einer zur Zeit nur auf diese Abwesenheit gestützten Widerklage auf Rückkehr des Widerbeklagten in die eheliche Wohnung an der erforder-

lichen thatsächlichen Grundlage und muß dieselbe deshalb verworfen werden.

Die bis zur Beseitigung eines demnach nicht vorhandenen spolium unter B des angefochtenen Bescheids verfügte Sistirung des Verfahrens in der Vorklage, wogegen die zweite Beschwerde gerichtet ist, kann folgeweise nicht aufrecht erhalten werden.

Aus diesen Gründen

I. werden Abschnitt A des Bescheids vom 20. März d. J., sowie das Inhäsivdecret vom 20. April d. J. hiermit aufgehoben;

II. ist das unter B des Bescheids vom 20. März d. J. angeordnete Beweisverfahren unabhängig von der dort ausgesprochenen Voraussetzung einzuleiten;

III. wird die Vergleichung der Kosten dieser Instanz verfügt;

IV. die Entscheidung über die Kosten erster Instanz bis nach Erledigung des Beweisverfahrens in der Vorklage ausgesetzt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 10. October 1863.

Auf Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten.

Erkannt:

daß zwar die Frist der Nichtigkeitsbeschwerde, sowie die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiermit geschieht, die gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 1. Mai l. J. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen und das gedachte Erkenntniß, unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die Nichtigkeitsbeschwerde, insofern sie

A. darauf gegründet werden soll, daß die Entscheidung des Appellationsgerichts auf einseitigen Vortrag des in voriger Instanz als

Appellant aufgetretenen Klägers erfolgt sei, ist offenbar unerfindlich. Beklagte war zum Verhandlungstermine vom 29. April d. J. geladen und ihr Anwalt in demselben erschienen. Wenn dieser eine Erklärung in der Sache selbst abzugeben verweigerte, so war das Gericht nichts destoweniger nach § 33 des Gesetzes vom 7. November 1848 befugt, auf Antrag und nach Vernehmung des Gegners das Urtheil zu fällen. — Zweifelhafter erscheint die Sache allerdings

B. in Betreff des weiteren und hauptsächlich von der Querulantin geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes, daß durch das Verfahren des Appellationsgerichts ihre gesetzliche Adhäsionsbefugniß in widerrechtlicher Weise beschränkt worden sei. Das Gesetz vom 7. November 1848 bestimmt in § 62, daß der Appellat, wenn er adhäriren will, dies „binnen einer Nothfrist von 8 Tagen nach Behändigung der Berufungsschrift“ unter Angabe seiner Beschwerden und Anträge schriftlich anzuzeigen hat. Im vorliegenden Falle ist die Behändigung der Berufungsschrift an die Beklagte am 27. April erfolgt, jene achttägige Frist lief also bis zum 4. Mai, das Appellationsgericht hat aber bereits auf den 29. April Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung der Sache anberaumt und ungeachtet der in diesem Termine, unter Berufung auf die noch laufende Adhässionsfrist, von der Beklagten eingelegten Verwahrung am 1. Mai ein die Appellationsinstanz erledigendes Erkenntniß erlassen und publicirt, die Beklagte aber mit ihrer am 2. Mai schriftlich überreichten Adhäsionsbeschwerde lediglich auf dieses Erkenntniß verwiesen. — Kann nun auch

1. darüber kein Bedenken obwalten, daß jene gesetzliche „Nothfrist“ von 8 Tagen einer Abkürzung durch den Oberrichter, nach Maßgabe der Vorschriften in § 3 des Gesetzes vom 5. November, 1833, unterliegt, so scheint es doch

2. der Natur der Sache wie der obengedachten Gesetzesvorschrift zu entsprechen, daß diese Abkürzung mittelst ausdrücklicher Bestimmung einer engeren als der vom Gesetze bestimmten Frist und unter spezieller Androhung des Rechtsnachtheils der Desertion erfolge. Indessen, wie zweckmäßig immer eine solche Art der Decretur erscheinen mag, so kann doch in deren Beiseitesetzung ein wesentlicher Mangel des Verfahrens nicht gefunden werden, sofern nur die auf Abkürzung der gesetzlichen Adhäsionsfrist gerichtete Absicht des Oberrichters mit genügen-

der Bestimmtheit aus dessen Procedur sich ergibt, und die Möglichkeit, überhaupt in der vorgeschriebenen Form zu adhäriren, dem Appellaten unbenommen bleibt. In diesen beiden Richtungen aber erscheint durch das Verfahren des Appellationsgerichts das Erforderliche gewahrt. — Wenn dasselbe auf die eingegangene Appellationsschrift statt Eintragung der Sache in die Liste behufs demnächstiger Bestimmung eines Verhandlungstermins zu verfügen, alsbald Tagfahrt für die mündliche Verhandlung ansetzte, — so konnte im Beihalte der §§ 13 und 14 des Gesetzes vom 7. November 1848 — kein begründeter Zweifel darüber obwalten, daß es die Absicht war, auf Grund der in der angesetzten Tagfahrt stattfindenden Verhandlungen das die Appellations-Instanz erledigende Erkenntniß zu erlassen, und lag hierin von selbst, daß die Appellatin, wenn sie die Berücksichtigung einer Adhäsionsbeschwerde erlangen wolle, diese so zeitig schriftlich einzubringen habe, daß die Verhandlung in der angesetzten Tagfahrt sich über dieselbe miterstrecken könne. — Was aber die Möglichkeit einer so zeitigen Einreichung der Adhäsionsbeschwerde anlangt, so muß diese, da zwischen der Behändigung der Berufungsschrift und der angesetzten Tagfahrt ein voller freier Tag in Mitte lag, an sich als gewährt erachtet werden, und hat auch Querulantin spezielle Umstände, durch welche dieselbe im vorliegenden Falle ausgeschlossen gewesen wäre, nicht anzugeben vermocht.

Die Nichtigkeitsbeschwerde mußte hiernach als unbegründet verworfen werden. — Anlangend

II. die Appelationsbeschwerden, so findet

A. Grav. I, daß Kläger nicht der Adhäsionsbeschwerde gemäß mit seiner Klage abgewiesen worden — ohne daß er eines Eingehens darauf bedarf, inwieweit, nach Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde, die Frage, ob die Sache wirklich von einer Dringlichkeit gewesen, um das Verfahren des Appellationsgerichts als ein materiell gerechtfertigtes erscheinen zu lassen, noch einen Gegenstand der Berufung bilden könne — jedenfalls dadurch ihre Erledigung, daß die in voriger Instanz versuchte Adhäsion für eine unstatthafte zu erachten war, Beklagte also durch deren Nichtberücksichtigung eine Verletzung in § 135 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung, wonach eine Adhäsion gegen diejenigen Theile des Erkenntnisses zulässig ist, über welche sich der Appellant beschwert hat, in Frankfurt analoge Anwendung erleidet

vergl. Bender, Handbuch des Frankf. Civilproz. § 89, Note 3,

und es scheinen möchte, als bilde der Abschnitt B nur einen Theil des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 20. März d. J. und müsse, weil Grav. II voriger Instanz des Klägers gegen eine in diesem Abschnitte getroffene Verfügung gerichtet war, auch eine den anderweiten Inhalt desselben betreffende Adhäsionsbeschwerde zugelassen werden, so konnte dies doch bei näherer Erwägung für zutreffend nicht erachtet werden. Der Abschnitt B des Stadtgerichts-Erkenntnisses zerfällt in der That, nicht nur dem Gedanken, sondern auch der Wortfassung nach in zwei von einander unabhängige Theile, nämlich:

1. die dem Kläger zur Vorklage gemachte Beweisauflage und

2. die Verfügung, daß ihm zur Antretung dieses Beweises nicht eher eine Frist anberaumt werden solle, als nachdem er der in der Widerklage ihm gemachten Auflage nachgekommen sein werde. Die zweite Appellationsbeschwerde des Klägers in voriger Instanz betraf nun lediglich den Punkt unter 2. Nur in Beziehung auf diesen war also eine Adhäsion statthaft, während die in voriger Instanz versuchte Adhäsionsbeschwerde auf den Punkt unter 1 sich bezog. Ob — wie Beklagte dies darzulegen versucht hat — eine materielle Connexität zwischen beiden Punkten obgewaltet, ist für die Statthaftigkeit der Adhäsionsbeschwerde, nach Maßgabe der obengedachten Bestimmung, indifferent.

B. Grav. II, daß der den Kläger zur Rückkehr in die eheliche Wohnung und Fortsetzung der Ehe mit seiner Frau verurtheilende Abschnitt A des Stadtgerichts-Erkenntnisses aufgehoben worden, findet in den appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründen seine Widerlegung. Es fehlt in der Widerklage sowohl als der dazu erstatteten Replik durchaus an der Angabe solcher speziellen Momente, welche die an und für sich in den Befugnissen des Ehemannes liegende Wahl eines Geschäftsbetriebes, durch den eine längere Abwesenheit desselben aus der seitherigen gemeinschaftlichen Wohnung bedingt wird, als eine bösliche Verlassung erscheinen ließen, die Widerklage stellt sich daher als angebrachtermaßen verwerflich dar.

C. Grav. III, daß die Zulassung des Klägers zu dem vom Stadtgerichte in der Vorklage ihm auferlegten Beweise nicht von der vorgängigen Befolgung der zur Widerklage ihm gemachten Auflage

abhängig erhalten worden, findet durch Verwerfung von Grav. II seine Erledigung. Wenn es bei der Wiederaufhebung der gedachten Auflage sein Bewenden behalten mußte, so konnte deren Erfüllung selbstverständlich auch nicht mehr zur Bedingung des in der Vorklage zu führenden Beweises gemacht werden.

Die Verurtheilung der Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz war die Folge der Zurückweisung ihrer sämmtlichen Beschwerden.

344.

Theodor Dauth, Kläger gegen **Georg Lembach** zu Offenbach, Beklagten, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 26. October 1860.

1. Wenn zuvörderst Beklagter gegen die urkundliche Cession der eingeklagten Forderung in [3] nur geltend macht, Simeons habe sich bei ihm auf der Mehlwaage als den dazu Berechtigten dargestellt, Kläger habe keinen Cessionspreis gezahlt und die Forderung nur zum Behufe der Arresterwirkung übertragen bekommen, so vermag hierdurch allein die Richtigkeit der notariell bezeugten Cession nicht erschüttert zu werden; denn Beklagter behauptet hierdurch weder, daß wirklich nur Simeons der Berechtigte sei, noch ist die Wirksamkeit der Cession durch das Dasein eines gezahlten Cessionspreises bedingt, noch endlich würde der bloße Grund, Arrest gegen den Beklagten erwirken zu können, die Cession allein schon zu einer bloßen Gaukelei machen, wie denn auch Beklagter selbst der Urkunde [3] diesen Vorwurf nicht zu machen vermochte.

Die Anfechtung des Klagrechtes des Klägers muß daher verworfen werden.

2. Die eingeklagten fl. 739. 22 kr. an sich räumt Beklagter ein, dem Kläger schuldig geworden zu sein und will nur davon aus von dem Kläger bestrittenen Gründen fl. 322. 9 kr. abziehen dürfen, so daß nur fl. 417. 13 kr. dem Kläger verbleiben. Auch diese vermeint Beklagter jedoch einhalten zu dürfen, weil ihm Kläger durch den widerrechtlich erschlichenen Arrest einen Schaden zugefügt habe, dessen Liquidation er sich vorbehalte. Da Beklagter jedoch zur Zeit des Arrestes dem Kläger jedenfalls mindestens fl. 417. 22 kr. noch verschuldete, so

kann von einem Schaden an seiner Ehre durchaus gar keine Rede sein, mithin auch keine desfallsige Liquidation vorbehalten werden oder eine deshalbige Einbehaltung der fl. 417. 22 kr. gestattet sein. Vielmehr hat Beklagter diese sofort mit 5% Zinsen vom 2. Januar 1860 an den Kläger zu bezahlen.

3. Die vom Beklagten vorgeschützten Gegenforderungen von fl. 147. 9 kr. und von fl. 175, welche Kläger gänzlich bestreitet, beruhen auf der Behauptung, am 20. September 1858 habe Klägers Cedentin ihm zwei Ladungen Steinkohlen verkauft, deren eine geliefert und bezahlt worden, die andere dagegen im Betrage von 1200 Scheffel-Maltern zwar fakturirt in Mainz angekommen; vom Schiffer Jansen am 6. Januar 1859 dort zum Ausladen angewiesen, alsdann jedoch, nachdem Beklagter die eingeklagten 39 Ruhrkarren = 390 Scheffel-Malter am 8. Januar in Kostheim davon habe ausladen lassen, wegen Eintritts von niedrigem Wasserstande und Eisgang in dem Hafen Gustavsburg geborgen worden, dann am 18. Januar vom Beklagten an Dietrich in Offenbach mit einem Nutzen von fl. 147. 9 kr. verkauft und diesem trotz dem von Jansen, bezüglich der diesen dazu beauftragenden Cedentin vorenthalten worden sei, durch welche Vorenthaltung Dietrich, der die Kohlen bereits an Schmidt in Bessungen weiter verkauft hatte, einen Schaden von fl. 175 erlitten habe, dessen Ersatz er mit Recht vom Beklagten anspreche.

4. Beklagter kann nun aber offenbar Ersatz des entgangenen Gewinnes und erlittenen Schadens vom Kläger nur dann ansprechen, wenn ihm selbst zur Zeit des Verkaufs an Dietrich des Klägers Cedentin die Kohlen zu liefern noch verpflichtet gewesen. Dies aber war sie selbst, wenn auch der vom Kläger geläugnete Verkauf der zweiten Ladung an ihn richtig wäre, nur dann damals noch, wenn auch Beklagter selbst seinerseits damals Alles bereits gethan gehabt hätte, was ihm aus dem von ihm behaupteten Kaufe der Cedentin des Klägers gegenüber oblag.

Aus Beklagtens eigenem Vortrage geht nun aber einerseits hervor, daß Jansen ihm gerade von dieser zweiten Ladung Kohlen schon am 8. Januar 39 Ruhrkarren bereits wirklich übergeben gehabt. Anderseits vermag Beklagter ebensowenig zu behaupten, daß für diesen Kauf etwas Anderes als das Gewöhnliche, d. i. Zug um Zug verabredet

war, und daß er am 18. Januar bereits den bedungenen Kaufpreis der doch schon am 8. Januar erhaltenen 39 Ruhrkarren bezahlt, ja zu zahlen sich auch nur erboten gehabt, oder diesen geborgt erhalten habe; und wenn er letztere Behauptung, die doch zur Begründung seiner Einrede durchaus nöthig, zwar in der Duplik für die ganze zweite Lieferung noch nachschiebt, so kann dieselbe als verspätet nicht mehr beachtet werden. Beklagter konnte daher am 18. Januar von Klägers Cedentin die Lieferung des Kohlenrestes gar nicht mehr verlangen (welche vielmehr mit Recht ihm dieselbe verweigerte —) und ist mithin die von ihm hieraus abzuleiten versuchte Gegenforderung schon angebrachtermaßen und zwar umsomehr zu verwerfen, als auch die von ihm über das ganze Geschäft beigebrachte Correspondenz gerade über diese wesentlichen Punkte nirgends etwas zu seinen Gunsten darbietet und er auch selbst die ganz unbestrittenen fl. 417. 13 kr. noch heute nicht bezahlt hat.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

Beklagter wird unter Verwerfung seiner Einreden und Gegenforderungen angebrachtermaßen verurtheilt, dem Kläger binnen 14 Tagen fl. 739. 22 kr. sammt 5% Zinsen vom 2. Januar 1860 an und die Streitkosten zu bezahlen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 4. Februar 1861.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung, daß

I. Die Beschwerde des Appellanten unter 1 der Appellationseinführung insbesondere dahin gerichtet ist, daß das klägerische Arrestgesuch als erschlichen und ungerechtfertigt hätte verworfen und die sofortige Rückgabe der geleisteten Caution hätte verordnet werden müssen, und daß sich Appellant zur Rechtfertigung dieser, sowie der weiteren Beschwerden 2 und 3, welche übrigens nur als Folge der ersten Beschwerde zu betrachten sind, auf das in den Voracten enthaltene thatsächliche Material bezogen hat, sonach behufs der Entscheidung über die erhobenen Beschwerden eine Prüfung der Sache in ihren formellen und materiellen Beziehungen erfordert wird; in dieser Hinsicht nun

II. zu befinden ist, daß

1. durch die vom Beklagten nicht beanstandete Urkunde [2] der Voracten die Ligitimation des klägerischen Cedenten, sowie durch die Cession [3], welcher in formeller Beziehung Beklagter gleichfalls einen Einwand nicht entgegenzusetzen vermochte, die Befugniß des dermaligen Klägers zum Verfolg der eingeklagten Forderung und durch den, der Bestimmung im Art. 52 Nr. 2 der Proceßordnung vom 30. December 1819 entsprechenden Buchauszug mit Bezug auf Art. 51 und 52 daselbst die erforderliche Bescheinigung für das Arrestgesuch vorgelegt, somit die Arresterkennung formell gerechtfertigt war;

2. das von dem Beklagten gegen die materielle Rechtsgültigkeit der Cession [3] erhobene Vorbringen, daß der Kläger nur ein vorgeschobener Strohmann sei und die Cession der rechtlichen Wirksamkeit entbehre, weil der Cessionar, der Kläger, für die cedirte Forderung gar nichts bezahlt habe, von dem Stadtgericht I nicht sofort zu verwerfen war, weil mittelst dieses Vorbringens unzweifelhaft im Allgemeinen die an sich zulässige Einrede der Simulation der Cession vorgeschützt sein, und die dabei besonders erwähnte Nichtzahlung eines Cessionspreises, welche ein Beweisverfahren wohl als ein Moment für eine Simulation mitbenutzt werden kann, für sich allein aber eine Simulation noch nicht zu begründen vermag,

Samml. Lüb. Entscheid. vom Juristenverein Bd. 2, S. 263,

nur zur Verstärkung der Behauptung des Beklagten dienen sollte, daß die fragliche Cession fingirt und nicht ernstlich gemeint sei, daher dem Beklagten, da bei Begründung dieser Einrede die Cession unwirksam, die Activlegitimation des Klägers zum Verfolg des vorliegenden Anspruchs nicht vorhanden und derselbe daher mit der Klage abzuweisen sein würde, der Beweis jener Einrede der Simulation nachzulassen ist; eventuell

3. in der Sache selbst Beklagter und Appellant den Empfang der in [5] fakturirten Kohlen in Quantität und Preisansatz als richtig mit dem Bemerken anerkannt hat, daß Kläger anstatt des richtigen Liefertags, 8. Januar 1859, einen unrichtigen, 3. Februar 1859, gebucht habe, inzwischen die von Kläger eingeklagten Kohlen dieselben seien, welche er, Beklagter, schon am 8. Januar 1859 erhalten habe, somit Beklagter, wie er nicht zu bestreiten vermag, deren Preis mit

422 Thaler 15 Sgr. verschuldet, ohne daß es darauf anzukommen vermag, unter welchem Tage Klägers Cedenten die Schuld buchten, auch dieselbe als fällig erscheint, da Beklagter in seiner Vernehmlassung weder ein Creditgeben bezüglich dieses Anspruches zu behaupten vermochte, noch auch etwa die vordersamste Erfüllung anderweiter angeblicher Verbindlichkeiten der Handlung Thelen & Fischer als Grund seiner Nichtzahlung geltend machte, die erst in der Duplik nachgeschobene Behauptung eines sechsmonatlichen Credits aber als verspätet rechtlich nicht berücksichtigt werden kann;

4. Beklagter dagegen aus angeblich anderweiten vertragsmäßigen Verpflichtungen der Handlung Thelen & Fischer, der ursprünglich Forderungsberechtigten, zwei Entschädigungsposten

A. von fl. 147. 9 kr. und
B. von fl. 175

compensando gegen die eingeklagte Forderung geltend macht, und diese dadurch auf fl. 417. 3 kr. reducirt haben will; hinsichtlich dieser beiden Beträge nun, welche im stadtgerichtlichen Erkenntnisse vom 26. October 1860 angebrachtermaßen abgewiesen worden sind, in Betracht kommt und zwar

ad. A. daß die zur Begründung dieses Anspruches von fl. 147. 9 kr. vorgebrachten Thatsachen nicht schlüssig sind, während

ad B. die Richtigkeit des Abschlusses der verschiedenen Verträge vorausgesetzt, durch deren Nichterfüllung der als damnum emergens aufzufassende angebliche Schadenposten von fl. 175 an sich als thatsächlich begründet erscheint, Beklagter für denselben einzustehen, und ihm wiederum die Handlung Thelen & Fischer, der Cedent des Klägers, als schadensersatzpflichtig dafür aufzukommen hat, daher bei dem Abläugnen der thatsächlichen Grundlage, und, da die erst mit der Duplik vorgelegten, darauf bezüglichen Urkunden nicht Gegenstand eines ordentlichen gegenseitigen Verfahrens wurden, dem Beklagten geeignete Beweisauflage zu machen ist, und demselben hierzu die Mitbenutzung der vorhandenen Beweismomente anheimgegeben bleibt;

5. soviel das Retentionsrecht betrifft, welches Beklagter an der eingeklagten Forderung von fl. 739. 28 kr. beziehungsweise deren Rest von fl. 417. 3 kr.

A. theils wegen der Schäden, die ihm durch den nachgesuchten Arrest entstanden,

B. theils wegen derjenigen, welche ihm aus der Nichterfüllung der der Handlung Thelen & Fischer gegen ihn obliegenden anderweitigen Vertragsverbindlichkeiten erwachsen sein sollen, und deren Liquidation Beklagter sich vorbehalten hat, auszuüben sich für befugt erachtet,

zu A eine etwaige Schadloshaltung nur dann begründet sein würde, wenn Beklagter den Beweis der Simulation der Cession (vergl. II. 2 oben) zu führen vermöchte, in diesem Falle aber auf eine Rentention gar nicht zu erkennen sein würde, da die ganze Klage zu verwerfen wäre, während anderen Falls, selbst wenn die beiden Compensationsposten von fl. 147. 9 kr. und fl. 175 liquid sein würden, Beklagter doch immer noch einen Rest von fl. 417. 3 kr. schuldig verbliebe, zu dessen Zahlung er sich nie bereit erklärte und wodurch die Klage also jedenfalls begründet sein würde, und den Beklagten ein Schaden aus dem Arrest nicht treffen könnte, wogegen

zu B Beklagter, wenn ihm außer den vorgedachten beiden Compensationsposten etwa noch sonstige Schadensansprüche aus dem von Thelen & Fischer nicht vollzogenen Vertrage zustehen würden, verpflichtet war, dieselben behufs Ausübung des Retentionsrechts gleichzeitig geltend zu machen, nicht aber in das Unbestimmte hin die seinerseits liquid schuldige Summe zu retiniren befugt ist — somit für das geltendgemachte Retentionsrecht eine begründete Veranlassung nicht vorliegt; nach Allem diesem

III. die von dem Appellanten erhobenen Beschwerden theilweise für begründet, theilweise für unbegründet zu erachten sind,

aus diesen Gründen wird hinsichtlich des stadtgerichtlichen Urtheils vom 26. October 1860 theils bestätigend, theils abändernd zu Recht erkannt,

1. würde Beklagter binnen von dem Stadt-Gericht I anzuberaumender Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsbehörig erweisen:

„daß durch die in [3] der stadtgerichtlichen Acten beurkundete Cession die eingeklagte Forderung nicht im Ernste auf den Kläger habe übertragen sein sollen, sondern die Cession nur zum Scheine geschehen sei."

so soll Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe gewiesen und verurtheilt sein, dem Beklagten die Streitkosten, vorgängiger Bestimmung, zu ersetzen, auch demselben allen ihm durch den Arrest erwachsenen Schaden, vorgängiger Liquidation, zu erstatten, auch demnächst wegen Rückgabe der Caution an den Beklagten weitere Verfügung ergehen,

2. für den Fall, daß Beklagter vorgedachten Beweis nicht erbringen sollte, hat es

A. dabei sein Bewenden, daß Beklagter, wie im stadtgerichtlichen Urtheil vom 26. October 1860 geschehen, mit seiner Gegenforderung von fl. 147. 9 kr. angebrachtermaßen abgewiesen wurde.

B. Beklagter ist schuldig, die eingeklagten fl. 739. 22 kr. abzüglich der noch streitigen Gegenforderung von fl. 175, sonach im Restbetrage von fl. 564. 22 kr. sammt Verzugszinsen zu 5% seit 2. Januar 1860 binnen anzuberaumender Frist an den Kläger zu bezahlen.

C. Beklagter hat hinsichtlich der Gegenforderung von fl. 175 binnen von dem Stadtgericht I vorzuberaumender Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises und der Mitbenutzung der in den Acten vorfindlichen Beweismomente, rechtbehörig darzuthun:

a) „daß er den in dem Jansen'schen Schiffe nach Empfang der eingeklagten Kohlen noch befindlichen Kohlenrest von 810 Scheffelmalter gleichzeitig mit den empfangenen Kohlen von Thelen & Fischer erkauft habe,

b) daß er diesen Kohlenrest am 18. Januar 1859 an Carl Dietrich & Comp. zu Offenbach, und

c) daß die letztere Firma dieselben Kohlen alsbald wiederum an A. Schmidt in Bessungen weiter verkauft habe, und daß

d) durch Nichteinhalten des Vertrags von Thelen & Fischer dem Beklagten gegenüber, dem A. Schmidt in Bessungen, ein Schaden von fl. 175 oder wieviel weniger entstanden sei,“ worauf

D. wegen fraglicher fl. 175, sowie bezüglich der Streitkosten, weiter zu verfügen ist was Rechtens.

Die Kosten dieser Instanz werden verglichen und hat Appellat dem Appellanten die Protokoll- und Urtheilsstempel zur Hälfte zu vergüten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 15. October 1863.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem die vom Beklagten wegen Versäumung der Einführungsfrist nachgesuchte Restitution ertheilt worden, für berichtigt anzunehmen, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 4. Februar 1861, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei. Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Mittelst der ersten Beschwerde verlangt der Beklagte, daß er mit seiner in den beiden vorigen Instanzen angebrachtermaßen abgewiesenen Gegenforderung von fl. 147. 9 kr. zugelassen, und daß dieselbe, wie die Schlußbitte sub 1 des Appellationslibelles ergibt, gleich der zweiten Gegenforderung von fl. 175 zum Beweis verstellt werde. Es mußte jedoch dem in der sententia a qua angedeuteten, wenngleich nicht näher ausgeführten Verwerfungsgrunde, daß die zur Begründung des Anspruchs von fl. 147. 9 kr. vorgebrachten Thatsachen nicht schlüssig seien, beigeflichtet und somit die angefochtene Entscheidung bestätigt werden.

Der Beklagte will dadurch, daß Thelen & Fischer zu Cöln, die Cedenten des Klägers, ihm die Verabfolgung von 810 Scheffel-Malter Steinkohlen aus einer für ihn bestimmten und im Januar 1859 nach Mainz oder Kostheim gelangten Schiffsladung verweigerten, einen Gewinn von fl. 147. 9 kr. eingebüßt haben. Vorausgesetzt nun, daß Thelen & Fischer sich durch jene Weigerung dem Beklagten ersatzpflichtig gemacht haben, so hatte er zur Durchführung seines Anspruches

weiter thatsächlich zu begründen, daß ihm ein Gewinn entgangen sei, welcher ihm ohne die Weigerung von Thelen & Fischer sicher zu Theil geworden wäre. Zu diesem Zwecke führte er in der Vernehmlassung auf die Klage an, er habe die genannte Partie Kohlen vor der verweigerten Auslieferung, nämlich am 18. Januar 1859, bereits an Carl Dietrich & Comp. in Offenbach weiter verkauft gehabt, und zwar unter der Bedingung, daß C. Dietrich & Comp. im Frühjahr 1859 die gleiche Quantität und Qualität Kohlen frei Offenbach an ihn zu liefern hätten, und er statt der damaligen Fracht von fl. 4. 25 kr. per 10 Malter nur fl. 2. 36 kr. zu bezahlen habe. Diesen Contract zu erfüllen, sei er durch die rechtswidrige Weigerung von Thelen & Fischer verhindert worden. Da von einem dem Beklagten in Aussicht stehenden Gewinne nur dann die Rede sein könnte, wenn ihm die Vollziehung des mit C. Dietrich & Comp. abgeschlossenen Handels im Ganzen, also mit Rücksicht auf alle dabei getroffenen Bestimmungen, im Vergleich mit dem Ankauf von Thelen & Fischer einen pecuniären Vortheil gebracht haben würde, so ist es schon ein Mangel jener Erzählung, daß es an der Angabe fehlt, zu welchem Preise die Kohlen an C. Dietrich & Comp. überlassen worden, und zu welchem die gleiche Quantität wieder von ihnen später zu liefern gewesen sei; und wenn sich auch der erstere Preis aus dem, was der Beklagte bei Gelegenheit seiner anderen Gegenforderung vorgebracht hat, ergänzen läßt, so ist doch über den zweiten Preis nirgends etwas gesagt. Man könnte nun wohl geneigt sein, dieses Bedenken durch die Voraussetzung zu beseitigen, daß der Lieferung des Beklagten an C. Dietrich & Comp., sowie der nachherigen Lieferung dieser Firma an den Ersteren der nämliche Kohlenpreis zu Grunde gelegt worden sei. Allein auch unter dieser Voraussetzung ist das Vorbringen kein haltbares. Da der Beklagte einerseits sagt, C. Dietrich & Comp. hätten „frei Offenbach" zu liefern gehabt, andererseits aber, er habe statt fl. 4. 25 kr. nur fl. 2. 36 kr. Fracht „bezahlen" sollen, so ist es nicht ganz klar, an welcher Lieferung diese Frachtdifferenz gewonnen worden wäre. Man kann die Behauptung des Beklagten dahin verstehen, daß C. Dietrich & Comp. dem Beklagten im Frühjahr die gleiche Quantität Kohlen, incl. des Frachtzuschlags, um fl. 1. 49 per 10 Malter billiger in Offenbach zu liefern gehabt hätten, als ihm die von Thelen & Fischer zu be-

ziehende Partie im Januar mit dem Transport nach Offenbach zu stehen gekommen wäre. Man kann aber auch folgende Erklärung unterstellen: für den Transport der an C. Dietrich & Comp. verkauften Kohlen von Mainz bis Offenbach sei der damals, im Januar, bestehende Frachtsatz fl. 4. 25 kr. per 10 Malter gewesen; nach dem Contract mit der genannten Firma habe Beklagter aber für eben diese Kohlen nicht den ganzen Frachtsatz zu tragen gehabt, ein Theil desselben, nämlich fl. 1. 49 kr., sei vielmehr von C. Dietrich & Comp. übernommen oder durch deren Weiterverkauf der Kohlen entbehrlich geworden. Man mag nun die eine oder die andere dieser beiden Auffassungen zu Grunde legen, so bleibt der Sachverhalt immer der, daß dem Beklagten statt einer im Januar zu Offenbach von Thelen & Fischer zu beziehenden Kohlenpartie eine solche von gleicher Qualität im Frühjahr ebendaselbst von C. Dietrich & Comp. zu liefern gewesen wäre, und er an der einen oder anderen Lieferung eine Frachtdifferenz von fl. 147. 9 kr. erspart haben würde. Daraus läßt sich aber eine Vermögensbereicherung für den Beklagten auf den genannten Betrag noch keineswegs folgern. Eine solche würde vielmehr nur anzunehmen sein, wenn fest stünde, daß die im Frühjahr zu liefernden Kohlen dem Beklagten in Offenbach einen gleichen Geldwerth verschafft hätten, als die im Januar zu beziehenden, wenn sie also im Frühjahr mindestens zu demselben Preise verkäuflich gewesen wären, wie im Januar. Diese Voraussetzung aber ist bei einer Waare der Art keine selbstverständliche, und hier umsoweniger, wenn man noch die besonderen Zeitumstände in Erwägung zieht. Es ist nicht blos möglich, daß die Kohlenfracht zwischen Cöln und Offenbach im Frühjahr mit Rücksicht auf den günstigeren Wasserstand allgemein eine geringere sein könne, als in den Wintermonaten, sondern der Beklagte beruft sich auch in der Duplik S. 147 selbst darauf, daß es sich im Jahre 1858 wirklich so verhalten habe. War dies aber der Fall, so liegt es nahe, daß die Differenz der Fracht auf den Preis, welchen die Kohlen zu der einen und anderen Zeit in Offenbach hatten, bestimmend eingewirkt haben werde; und so wenig sich über den Grad dieser Einwirkung eine Vermuthung aufstellen läßt, so ist doch auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Veränderung des Kohlenpreises mit der des Frachtbetrages gleichen Schritt gehalten habe.

Zur Begründung des Anspruches wäre daher die weitere Behauptung unentbehrlich gewesen, daß nach dem Stande der Kohlenpreise in Offenbach die fragliche Partie Kohlen im Frühjahr 1859 denselben Vermögenswerth für den Beklagten repräsentirt haben würde, wie im Januar desselben Jahres. In Ermangelung der für einen solchen Sachverhalt sprechenden Thatsachen stellt sich das Vorbringen des Beklagten in der That als ein unschlüssiges dar.

II. Die zweite Beschwerde des Beklagten, welche gegen die Verurtheilung in den nach Abzug der streitigen Gegenforderung von fl. 175 verbleibenden Restbetrag der Klagsumme nebst Zinsen gerichtet ist, erscheint sowohl nach ihrer Fassung als nach dem Inhalt der Rechtfertigung und der Schlußbitte des Appellationslibelles, als bloße Folgerung aus der ersten Beschwerde und erledigt sich daher mit dieser von selbst.

III. Die völlige Grundlosigkeit der dritten Beschwerde über die Compensation der Kosten voriger Instanz bedarf keiner Ausführung.

Bei der ergehenden confirmatoria mußte der Beklagte in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

345.

Rechnei-Amt als Vertreter des Fiscus, Kläger und Widerbeklagter gegen **C. G. Widmayer**, Wittwe, Catharina, geb. Reiß, Beklagte und Widerklägerin, die Erbschaft der Margaretha Bausch betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 27. Juni 1862.

In Erwägung, daß

1. die Reformation V. 1, § 14 die natürlichen Kinder zwar von der Erbschaft in den Nachlaß ihrer ehelich geborenen, nicht aber auch der gleich ihnen unehelich geborenen Geschwister ausschließt;

Bescheid des Appellationsgerichts vom 21. October 1859 in Sachen Prasch Nachlaß.
Orth, Anmerk. Bd. III. S. 492.
Souchay, Anmerk. Bd. II. S. 918.
Bender, Lehrbuch S. 216.
Bender, Handbuch S. 489.

2. es darauf, ob die natürlichen Kinder von einem und demselben Vater abstammen, nicht ankommt, da sie durch ihre Blutsverwandtschaft mit der Mutter gleich halbbürtigen Geschwistern zur Erbschaft berufen werden;

3. auch der Umstand, daß neben der Klägerin noch ein eheliches Kind der gemeinsamen Mutter am Leben ist, für das Erbrecht der unehelichen Geschwister unter sich bedeutungslos erscheint, da die von dem Kläger versuchte Behauptung, daß sich uneheliche Geschwister wenigstens dann nicht beerben sollen, wenn eheliche Geschwister derselben vorhanden sind, sich weder aus dem Gesetze nachweisen läßt, noch in der Sache selbst liegende Gründe für sich hat; hiernach

4. der Beklagten, wenn sie die Schwester der Erblasserin ist, allerdings ein Erbrecht in dem vorliegenden Falle zusteht, die Legitimation derselben aber zur Zeit als ausreichend nicht erachtet werden kann, indem durch die zu den betreffenden Nachlaßacten des Stadtgerichts II überreichten Urkunden die Identität der Elisabethe Reiß, welche als Mutter der Erblasserin bezeichnet ist und derjenigen Person, welche als Mutter der Beklagten bezeichnet ist, umsoweniger mit Gewißheit hervorgeht, als wie sich aus dem Todesscheine [13] ergibt, die hierin aufgeführte Elisabethe Reiß einen andern Wohnort hatte als derjenige, der in [12] angegeben ist.

5. Wenn die Beklagte ihre Legitimation erbringt, zwar der erhobene Einspruch des Klägers zu verwerfen ist, jedoch von einem Schadensersatzanspruch gegen den Kläger wegen verzögerter Immission die Rede nicht sein kann, da — abgesehen davon, daß der Nachlaß für Rechnung und zu Gunsten des obsiegenden Theiles curatorisch verwaltet wird — kein Zweifel darüber bestehen kann, daß sich Kläger bei der Auslegung der einschlagenden Gesetzesstellen in bona fide befand; — überdies aber auch die Legitimation der Beklagten bis zur Stunde noch nicht so weit hergestellt ist, daß sie in die Erbschaft eingesetzt werden könnte — somit die Widerklage abzuweisen ist.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Würde Beklagte, vorbehältlich des Gegenbeweises, binnen 14 Tagen beweisen:

daß sie und die Erblasserin eine gemeinschaftliche Mutter haben, so soll die erhobene Einsprache des Klägers verworfen, derselbe mit seinen Ansprüchen an den Margaretha Bausch'schen Nachlaß abgewiesen, die Inhibition gegen das Immissionsgesuch der Beklagten bei dem Stadtgericht II wieder aufgehoben, auch Kläger schuldig erkannt sein, der Beklagten die Kosten der Vorklage zu ersetzen.

II. Beklagte wird mit ihrer Widerklage abgewiesen und ist verbunden, dem Kläger die Kosten der Widerklage zu ersetzen.

III. Für den Fall, daß Beklagte der Auflage sub I nicht entspricht, bleibt in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen anderweite Verfügung vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 15. December 1862.

Auf beiderseitige Appellation.

I. Die Appellation des Klägers anbelangend, so ist das Nachfolgende zu befinden.

1. Die Stadt-Reformation, indem dieselbe von der Erbschaft der unehelichen Kinder handelt, bezieht sich in

Thl. 5. Tit. 1, § 13.

auf das römische Recht.

2. Nach diesem findet zwischen unehelichen Kindern, ihrer Mutter und den mütterlichen Verwandten volle Successionsfähikeit statt.

§ 7. J. 3. 3, § 3. J. 3. 4.
L. 2. 4. 8. D. 38. 8.
L. 1. § 2. L. 2. § 1. D. 38. 17.

3. Die Ausnahmen, welche das hiesige Statutarrecht von dem gemeinen Recht gemacht hat, sind in dem § 14 a. a. O. enthalten.

4. Es werden hier zunächst die ehelichen Kinder, sowohl von väterlicher als von mütterlicher Seite und dann ihrer Anherrn, Anfrawen, sowie andere derselben gesippte Freunde genannt, von deren Erbschaft die unehelichen Kinder ausgeschlossen seien.

5. Dagegen wird in Bezug auf die unehelichen Kinder selbst nicht gesagt, daß diese von ihren unehelichen Geschwistern nicht beerbt werden sollen, und mithin ist nach dem Rechtsgrundsatze, daß Ausnahmen von der Regel einer stricten Interpretation bedürfen, das Erbrecht der unehelichen Kinder an dem Nachlaß ihrer unehelichen Geschwister auch statutarrechtlich als zulässig zu betrachten.

6. Beerben sich aber in Ermangelung vollbürtiger Geschwister eheliche halbbürtige von väterlicher oder mütterlicher Seite, so hat dies ebenfalls analog bei unehelichen Kindern als uterinis zu geschehen und schon darum kann es nicht erforderlich sein, daß dieselben einen gemeinschaftlichen Vater haben.

7. Ebensowenig ist das gegenseitige Erbrecht unehelicher Geschwister dadurch beschränkt, daß die Mutter derselben keine ehelichen Kinder hinterlassen haben dürfe, denn sind die unehelichen Kinder nach

dem angezogenen § 14 von der Erbschaft der letzteren ausgeschlossen, so müssen es auch nach dem als gültig angenommenen Princip der Reciprocität

O. A. G. Erkenntniß in Sachen Fiscus ca. Sauer vom 27. Juni 1834. *)

O. A. G. Erkenntniß in Sachen Fiscus ca. Hümmer & Bauer vom 18. April 1848. **)

diese von der Erbschaft jener sein und die Existenz ehelicher Kinder der Mutter der unehelichen kann auf das gegenseitige Erbrecht der Letzteren keinen Einfluß haben.

8. Daher kann auch, wenn

Orth, in der zweiten Fortsetzung der Anmerk. zur Stadt-Reform. Seite 492

die vorerwähnte Beschränkung zu machen scheint, diese nicht gebilligt werden, und es ist

9. vielmehr als feststehend anzusehen, daß uneheliche Kinder nach hiesigem Statutarrecht ohne irgend einen weiteren Anstand sich gegenseitig beerben.

Bender, Lehrbuch des Frankf. Privatrechts S. 216.

Bender, Handbuch S. 486.

Souchay, Anmerk. Bd. 2. S. 902 und f., S. 918.

A. Erkenntniß in Sachen Prasch, Nachlaß betr., vom 21. October 1859.

Hiernach wird die vom Kläger aufgestellte Beschwerde verworfen.

Was

II. die Appellation der Beklagten und die erste Beschwerde betrifft, so läßt:

1. allerdings die Vergleichung der Urkunde [12] der Acten des Stadtgerichts II — den Margaretha Bausch'schen Nachlaß betr. — mit der Urkunde [13] den erheblichen Zweifel aufkommen, über die Identität der in der erstgedachten Urkunde genannten Elisabethe Reiß mit der in der letztgedachten Urkunde genannten Elisabethe Walther, geb. Reiß, indem nach § 12 jene in Elsenfeld geboren und verheirathet,

---

*) Siehe S. 154.

**) Siehe S. 162.

diese aber nach [13] in Burgstatt verheirathet gewesen und gestorben sein soll, auch der Geburtsort derselben in dieser Urkunde nicht angegeben ist.

2. Das Stadtgericht hat daher mit Recht der Beklagten den Beweis darüber auferlegt, daß sie und die Erblasserin eine gemeinschaftliche Mutter gehabt haben, rücksichtlich welchen Beweises es sich jedoch von selbst versteht, daß Beklagter sich der bereits zu den Acten des gedachten Gerichts gelangten Urkunden mitbedienen kann.

3. Dagegen muß der Versuch der Beklagten, jenen Beweis in dieser Instanz durch anderweit producirte Urkunden zu erbringen, als durchaus unzulässig abgewiesen werden, indem diese Urkunden nicht als wirkliche Nova zu betrachten sind und es der Partei, welche einen Beweis anticipirt, aber nicht erbracht hat, nicht gestattet ist, zu dessen Vervollständigung in höherer Instanz Schritte zu thun, um hierdurch dem anderen streitenden Theile den Gegenbeweis abzuschneiden.

Römer, Sammlung Bd. 1. S. 95 und 519.*)
Bender, Handbuch des Civilprozesses S. 234.

Es wird daher unter Verwerfung der ersten Beschwerde der Beklagten bei der stadtgerichtlichen Beweisauflage lediglich belassen.

Auch die zweite Beschwerde findet sich in dem 5. Entscheidungsgrund des angefochtenen Erkenntnisses wiederlegt. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Beklagte für den Fall des Obsieges in der Hauptsache zufolge

St. Reform. Thl. 1. Tit. 39, § 15.

demnächst außer dem Ersatz der Streitkosten auch den der von dem Kläger etwa rechtswidrig veranlaßten Schäden verlangen kann.

Aus vorstehenden Gründen werden die beiderseitigen Appellationen unter Compensation der Kosten anmit abgwiesen.

Dieses Erkenntniß wurde durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts** vom 24. October 1863 aus dessen Gründen unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz bestätigt, jedoch mit Vertheilung der Urtheilsgebühr in der Art, daß der Kläger 9/10, die Beklagte aber 1/10 zu entrichten haben.

---

*) Siehe diese Sammlung, Band I. S. 387 und 388.

Auszüge aus den Seite 152 angezogenen Entscheidungen in Sachen:

1. Sauer ca. Fiscum 1834.

Da die am 25. September 1823 durch Senatsdecret erfolgte Legitimation des verstorbenen Carl Sauer, welche dem Ober-Appellationsgerichte aus der früher bei demselben anhängig gewesenen Sache der Marie Louise Juliane von Reineck ca. Fiscum vollständig bekannt geworden ist, nur als eine s. g. legitimatio minus plena angesehen werden kann, so hat dieselbe auch in keinem Falle zur unmittelbaren Begründung von Intestat-Erbrechten zwischen dem Legitimirten und seinen Blutsverwandten genügen können, und es darf hier eine nähere Erörterung der Frage, wann überhaupt nach Frankf. Rechte eine vollständige Legitimation durch Senatsdecret anzunehmen sei, um so mehr übergangen werden, als auch die Kläger die Existenz derselben gar nicht einmal behauptet, und ihre Ansprüche auf diese Legitimation gar nicht gegründet haben.

Wird aber der verstorbene Carl Reineck nur als ein minus plene legitimatus angesehen; so hängt die Entscheidung der vorliegenden Sache zunächst von einer richtigen Auslegung der §§ 13 und 14 Thl. V. Tit. 1 der Frankfurter Reformation ab; wobei sich denn allerdings nicht verkennen läßt, daß die unbedingte Anwendung der allgemeineren und gewöhnlicheren Interpretationsregeln auf den gegenwärtigen Fall zu einem den Klägern günstigen Resultate zu führen scheint. Denn das Prinzip, correctorische Gesetze stricte oder nicht extensive zu interpretiren und die damit zusammenhängende Päromie: statuta ex jure communi esse interpretanda scheint hier um so mehr für die Zulassung der mütterlichen Verwandten zur Beerbung eines spurius zu entscheiden, da sowohl die ältere Frankf. Reformation vom Jahre 1509 bei der Intestaterbfolge überhaupt, als die neuere vom Jahre 1578 bei dem Erbrecht der unehelichen Kinder insbesondere ausdrücklich auf das römische Recht verweisen, und da die Bestimmungen des römischen Rechts über unsern Fall keinem Zweifel unterliegen können. Denn daß die Reciprocität der Intestaterbfolge nach römischem Rechte keineswegs ein allgemein bindendes Prinzip sei, aus welchem

ohne Weiteres Erbrechte hergeleitet oder entzogen werden dürfen; daß vielmehr diese Reciprocität von den römischen Juristen nur als eine gewöhnliche Folge der Billigkeit und der Gegenseitigkeit aller Verwandtschaftsverhältnisse betrachtet werde, das ist in den Acten dieses Prozesses schon öfter so umständlich ausgeführt worden, daß eine nochmalige Erörterung dieser Punkte hier nicht nothwendig erscheint.

Allein jene stricte Interpretation der §§ 13 und 14 kann dennoch in dem vorliegenden Falle nicht für die richtige gehalten werden, weil sie blos auf einer einzelnen, ohnehin nur subsidiarischen Interpretationsregel beruht, bei Auslegung der Gesetze aber zunächst, und vorzugsweise vor solchen subsidiarischen Regeln, alle Mittel benützt werden müssen, welche den wahren Zusammenhang eines Gesetzes und die eigentliche Absicht des Gesetzgebers aufzuklären vermögen, weshalb denn namentlich von den Klägern sehr mit Unrecht behauptet worden ist, die Absicht des Gesetzgebers könne hier gar nicht in Betracht kommen, wenn er dieselbe nicht wörtlich ausgesprochen habe. Nach dieser Interpretationsweise muß nun aber

I. vor Allem schon der Umstand erwogen werden, daß dem s. g. Reciprocitätsprinzip überhaupt im sechszehnten Jahrhunderte eine viel größere Kraft und Ausdehnung zugeschrieben zu werden pflegte, als demselben im römischen Rechte zukommt. Zwar hat es auch damals nicht an einzelnen Juristen gefehlt, welche gezeigt haben, daß es irrig sei, nach diesem Prinzip allein, so lange keine speziellen Gründe hinzukämen, Erbrechte anerkennen oder bestreiten zu wollen, wie dies namentlich

Alciatus, opera omnia, Basil 1562, T. IV. col. 969, sqq. und responsa Basil 1582, Consil. 84.

Cujacius, consultatio IV. und an drei verschiedenen Stellen seiner nach seinem Tode gedruckten Vorlesungen Tom. VIII. col. 191, 1034 und T. X. col 780 der Neapolitanischen Ausgabe vom Jahre 1722,

und mehrere Interpreten der L. 5. Cod. ad. S. C. Orphitianum gethan haben; allein es muß als eine entschiedene, in den Acten dieses Prozesses völlig erwiesene Thatsache anerkannt werden, daß die weit überwiegende Mehrheit der damaligen Schriftsteller das Reciprocitätsprinzip für durchgängig entscheidend gehalten habe, so lange es an

besonderen Gründen einer Ausnahme von demselben fehle. Dabei kann es füglich dahin gestellt bleiben, ob auch Fichard, der Hauptconcipient der Frankf. Reformation, diese Meinung der Mehrheit völlig getheilt habe und bei derselben jederzeit geblieben sei, indem die beiden hierher gehörigen, von ihm herrührenden Gutachten, von welchen das eine gedruckt,

Fichardi, Consilia I. 48.

das andere aber von dem Beklagten in dieser Instanz in originali producirt worden ist, nur das Verhältniß des unehelich Gebornen zu den Verwandten seines Vaters betreffen, und überdies aus dem Jahre 1544, also um 34 Jahre älter sind, als die Frankf. Reformation. Denn einestheils war Fichard durchaus nicht der alleinige Verfasser der Reformation, und anderntheils war er jedenfalls hinlänglich mit den vorherrschenden Ansichten seiner Zeitgenossen bekannt, um vorauszusehen, daß man ihn mißverstehen müsse, wenn er eine bestimmte Ausnahme vom Reciprocitätsprinzip, welche, als solche Ausnahme wenigstens, dem römischen Rechte fremd war, nicht ausdrücklich und wörtlich ausspreche. Er konnte aber diese Ausnahme umsoweniger mit Stillschweigen übergehen, als

II. hier insbesondere ein solcher Fall vorlag, in welchem für die Anwendung der Reciprocität noch ganz spezielle Gründe sprechen. Denn es läßt sich für die im § 14 cit. enthaltene Abweichung des Frankf. Statuts von dem römischen Rechte kein denkbares Motiv aufstellen, welches nicht in ziemlich gleichem Grade auch für eine umgekehrte Ausschließung der mütterlichen Verwandten von dem Nachlasse des spurius entscheidend würde. Da nämlich daran in keinem Falle zu denken ist, daß jene Bestimmung auf der Absicht, die Einkünfte des Fiscus zu vermehren, beruhe, indem dann offenbar die Erbfolge in den eigenen Nachlaß des spurius zunächst im Gesetze zu erwähnen gewesen wäre, so bleiben nur zwei denkbare Motive für den § 14 cit. übrig. Es muß nämlich entweder

A. dieser § 14 aus der Absicht erklärt werden, die ehelichen Verwandten der Mutter vor der Kränkung zu bewahren, daß ein unehelich Geborner sich unter sie eindränge, um mit oder von ihnen zu erben, und in diesem Fall würde die gleichzeitige Ausschließung der Ersteren von der Erbschaft des Letzteren als eine natürliche Folge

jener Absicht und des Prinzips, daß commodum und incommodum pari passu gehen sollen, zu betrachten sein.

Zwar könnte man

1. dawider einwenden, daß diese Wirkung der unehelichen Geburt sich einigermaßen mit den römischen Indignitätsfällen vergleichen lasse, welche bekanntlich keine gegenseitige Erbausschließung zur Folge hatten, allein da diese Quasi-Indignität des spurius nicht auf seinem eigenen Verschulden, sondern nur auf dem Verschulden seiner in der Mitte stehenden Mutter beruhen würde, so kann sie die ehelichen mütterlichen Verwandten nicht zu der höchst unbilligen Anmaßung berechtigen, den spurius nur so lange zu verleugnen, als er ihnen lästig wäre, ihn aber sofort wieder als ihren Angehörigen zu behandeln, wenn er ihnen einen Vortheil zu gewähren vermögte. Auch läßt sich

2. der vorliegende Fall keineswegs unmittelbar mit dem in der L. 5. Cod. ad. S. C. Orphitianum enthaltenen vergleichen, welche zwar den spurius von der Beerbung seiner mater illustris, nicht aber Letztern von der Erbschaft des Erstern ausschließt, indem auch der spurius nach diesem Gesetze nicht unbedingt ausgeschlossen sein, sondern nur seinen ehelichen Geschwistern nachstehen soll, die uneheliche Mutter aber natürlich keine eheliche Mutter des spurius, welcher sie nachstehen mußte, neben sich haben kann. Noch wahrscheinlicher aber bleibt

B. ein anderes präsumtives Motiv für den § 14 der Reformation: die Ansicht nämlich, daß zwischen dem spurius und seinen mütterlichen Verwandten ebensowenig eine volle Blutsverwandtschaft bestehe, als zwischen ihm und seinem Vater oder seinen väterlichen Verwandten. Denn diesen Begriff einer unvollständigen und bedingten Blutsverwandtschaft, welcher zwar dem ältern römischen Rechte fremd ist, hat Justinian in der nov. 89 für das Verhältniß zwischen dem Vater und seinem filius naturalis aufgestellt, und es ist unverkennbar, daß die deutschen Statuten des sechszehnten Jahrhunderts bei aller Mannigfaltigkeit ihrer Bestimmungen über die Erbfolge und Beerbung der unehelich Geborenen dennoch darin übereinkommen, diesen Begriff einer unvollständigen Blutsverwandtschaft zu erweitern, und auch auf die väterlichen und mütterlichen Verwandten des spurius zu beziehen. Denn alle jene statutarischen Rechte haben diese väterlichen und mütter-

lichen Verwandten einander mehr gleichgestellt, als es nach römischem Rechte möglich ist, und zwar auf dreierlei Weise:

entweder durch Beschränkung der Erbfolge bei den mütterlichen Verwandten;

oder durch Einführung einer Erbfolge bei den väterlichen Verwandten;

oder endlich dadurch, daß Beides zugleich geschehen ist.

Der erste dieser Fälle ist, außer dem § 14 cit. der Frankfurter Reformation, auch noch in vielen anderen, namentlich in dem schon von Orth allegirten Lüneburger Stadtrechte und den Züricher Statuten, Erbrecht Thl. II. § 13, Thl. III. § 8 vorhanden, in welchen beiden letzteren zugleich das Erbrecht der mütterlichen Verwandten ebenso unzweifelhaft aufgehoben ist, als das des spurius. Ja, die Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken vom Jahr 1618

Tit. 82.

geht so weit, sogar die Beerbung der Mutter selbst überall von dem Nichtvorhandensein ehelicher Kinder abhängig zu machen.

Der zweite Fall findet sich einigermaßen schon im Schwabenspiegel,

Cap. 415, § 2—4 der Senckenberg'schen Ausgabe.

sowie in der Nürnberger Reformation vom Jahre 1564,

Tit. XXXIV. Gesetz. 8.

dem Solmsischen Landrechte vom Jahr 1571,

Tit. XXV. § 7.

und der Fränkischen Landgerichtsordnung,

a. a. O.

welche sämmtlich dahin verstanden werden können, und mehrentheils auch so verstanden worden sind, daß den ehelichen Kindern des spurius volle Erbrechte, also auch gegen die großväterliche Familie ertheilt werden;

noch bestimmter aber in den Bremer Statuten vom Jahr 1303

Ordel. 121 bei Oelrichs S. 137.

und den Bremer Statuten vom Jahr 1433, Statut. 27, wo das Heergewette des unechten Sohnes seinem echten Bruder zugesprochen wird;

ganz besonders endlich in dem vermehrten Sachsenspiegel oder s. g. schlesischen Landrechte,

Lib. I. cap. III. Dist. 5 und cap. X. Dist. 1 in Böhme's diplomatischen Beiträgen Thl. IV. 1772. 4°. S. 4, 12.

wo die väterlichen Verwandten sogar den mütterlichen für das dem filius naturalis zugefallene väterliche Sechstel vorgezogen werden, wenn nicht etwa ebenbürtige Geschwister des spurius vorhanden sind.

Für den dritten Fall endlich findet sich ein sehr merkwürdiges Beispiel in den Wormser Statuten vom Jahre 1505,

Buch IV. Thl. IV. Tit. 5.

welche dem filius naturalis, wenn er keine ehelichen Geschwister hat, gegen die väterlichen Großeltern ein Erbrecht auf ein Zwölftel geben, dagegen dessen Erbrecht gegen die mütterlichen Großeltern, die ehelichen Geschwister und die Descendenten der Letzteren auf ein Sechstel beschränken, während durch die Existenz ehelicher Geschwister auf der väterlichen Seite das ganze Erbrecht wieder hinwegfallen, auf der mütterlichen hingegen auf ein Zwölftel beschränkt werden soll, auch auf beiden Seiten weder die Urgroßeltern, noch die großelterlichen Seitenverwandten beerbt werden sollen.

Ueberdies wird in eben diesen Wormser Statuten a. a. O. ausdrücklich erklärt, daß keine uneheliche Verbindung — also auch die mütterliche nicht — unter dem Namen Sippschaft verstanden werden solle.

Sobald nun aber die statutarischen Rechte jener Zeit auch mütterlicherseits nur eine unvollständige Verwandtschaft anerkennen, so folgt aus der immer vorhandenen Gegenseitigkeit aller Verwandtschaft ganz nothwendig auch eine gegenseitige Beschränkung der Intestaterbfolge unter diesen Verwandten; und es erklärt sich nun von selbst, warum sowohl die Schriftsteller jener Zeit, als auch manche Statuten, z. B.

Nürnberger Reform. vom Jahr 1564, Tit. XXXIV. Gesetz 8.
Solmsisches Landrecht a. a. O. § 9.

gerade bei unehelichen Kindern die Reciprocität dieser Beschränkungen ausdrücklich hervorheben, während andere Statuten dieselbe stillschweigend voraussetzen und diese Intestaterbfolge nur auf der einen Seite vollständig entwickeln. So übergeht die Wormser Reformation das Erbrecht der Verwandten des spurius gänzlich mit Stillschweigen, und die Frankfurter Reformation schweigt ganz und gar von dem Erb-

rechte des Vaters und der väterlichen Ascendenten gegen das durch nachfolgende Ehe legitimirte Kind.

Daß aber eben diese Frankfurter Reformation auch im § 14 eine solche Gleichstellung der väterlichen und mütterlichen Verwandten des spurius beabsichtigt habe, ergibt sich aus der wörtlichen Fassung der Stelle ganz klar, weshalb es denn auch unzulässig ist, für den entgegengesetzten Fall einen Unterschied zu machen und die väterlichen Verwandten für erbunfähig, die mütterlichen für erbfähig zu halten.

Auch können dabei die von den Klägern angeführten Gegenargumente nicht in Betracht kommen. Denn

1. hat es zwar allerdings seine Richtigkeit, daß es einige Statuten gibt, welche ausdrücklich nur das Erbrecht des spurius, nicht das seiner Verwandten aufheben, wie namentlich

a) das Lübische Stadtrecht schon in den ältesten Handschriften desselben,
b) der vermehrte Sachsenspiegel a. a. O.,
c) die Bremer Statuten, so weit vom Heergewette die Rede ist, a. a. O.,
d) eine von Bynkershoeck: quaestiones juris privati lib. III. cap. 11 angeführte reformatio Velaviae aus dem Bezirk von Geldern cap. 38, § 11;

allein theils ist es in dem vermehrten Sachsenspiegel und den Bremer Statuten entschieden, in dem Lübischen Stadtrechte aber wenigstens glaublich, daß auch hier noch die väterlichen Verwandten neben, und zum Theil sogar vor den mütterlichen erben sollen, mithin von einer einfachen Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte gar nicht die Rede ist;

theils sind diese Bestimmungen sehr allgemein als höchst singulär betrachtet und selbst als unbillig getadelt worden. So ist namentlich

a) diese Stelle des Lübischen Rechts in das sonst demselben nachgebildete Rostocker Stadtrecht

Thl. II. Tit. 2, § 31,

nicht aufgenommen worden und Heineccius

clem. jur. germ. lib. II. § 281,

bemerkt von derselben, daß Niemand diese Bestimmung vermuthet haben würde, wenn sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben wäre;

b) Bynkershoek erwähnt den § 11 der vorhin gedachten reformatio Velaviae mit dem Zusatz:

„quod ut iniquum, sic et nullibi, quod sciam receptum est“.

Man wird daher mit Gewißheit annehmen können, daß wenn die Absicht der Verfasser der Frankfurter Reformation auf eine den angeführten Rechten gleiche Bestimmung gerichtet gewesen wäre, sie dieselbe ausdrücklich hinzugefügt haben würden, während sie, wenn ihre Absicht auf die Reciprocität des Ausschlusses ging, leicht voraussetzen konnten, daß sich diese ohnehin von selbst verstehe.

2. Wenn ferner die Kläger sich auf das aus dem § 16 der Frankfurter Reformation entlehnte argumentum a contrario berufen, daß hier die Reciprocität des Ausschlusses von der Erbfolge bei Kindern ex damnato coitu ausdrücklich vorgeschrieben sei, wo sie sich doch schon nach römischem Rechte von selbst verstehe, während ihre Erwähnung bei dem § 14 viel nothwendiger gewesen wäre, so kann doch dieser allerdings auffallende Umstand darum nicht für entscheidend gehalten werden, weil die statutarischen Rechte jener Zeit in solchen Dingen selten mit durchgreifender Genauigkeit und Consequenz redigirt worden sind. Ebensowenig kann

3. der Umstand entscheiden, daß Fichard den § 16 der Reformation absichtlich beschränkter ausgedrückt zu haben scheint, als den § 9 des römischen Landrechts a. a. O. mithin hier an ein bloßes Versehen nicht wohl zu denken wäre. Denn es ist keineswegs erwiesen, daß Fichard gerade hier seine frühere Arbeit vor Augen gehabt und nur diese als Muster befolgt habe. Endlich

4. kann hier auch von der öfter in den Acten angezogenen

L. 10. D. de Jure Fisci,

Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit,

keine Anwendung gemacht werden, weil es hier darauf ankommt, eine Rechtsfrage zu entscheiden, bei welcher außer dem fiscus auch die unehelichen Geschwister und die Testamentserben des spurius betheiligt sind, indem jene als Halbgeschwister den Ascendenten nachstehen müßten, diese aber durch das Notherbenrecht derselben beschränkt oder verdrängt werden könnten.

Zu diesen Gründen kommt nun aber jedenfalls

III. noch die gleichmäßige Auslegung des § 14 bei den Frankfurtischen Schriftstellern und Gerichten. Zwar würden die bisher in den Acten beigebrachten Thatsachen noch keineswegs zum Beweise einer derogatorischen Gewohnheit genügend gewesen sein, allein wo es nur auf Interpretation eines zweifelhaften Gesetzes ankommt, sind für den Beweis der Gewohnheit unstreitig weniger strenge Anforderungen zu machen, weil es in diesem Falle leicht möglich ist, daß niemals über den wahren Sinn des Gesetzes gestritten wurde: Es muß also schon von erheblichem Gewichte sein, daß nach den bisherigen Zeugnissen kein Schriftsteller und kein einheimisches Gericht in Frankfurt jemals entgegengesetzter Meinung gewesen ist, ohne Rücksicht auf die Frage, auf welche Gründe die herrschende Meinung gestützt zu werden pflegte.

arg. L. 37, D. de Legibus.

Unter diesen Umständen bedarf es nun über die von dem Beklagten aufgestellten vier Einreden gar keiner weiteren Erörterung, sowie sich auch die ohnehin durchaus unbegründete Appellation der Kläger sofort erledigt. — — — — — — — — — — —

2. Bauer ca. Fiscum 1848.

— — Es nicht mit Unrecht geltend gemacht worden, daß intestaterbrechtliche Bestimmungen, mögen sie ein Successionsrecht geben oder nehmen, im Zweifel für gegenseitig geltende anzusehen sind, weil die natürlichen Verhältnisse zwischen den Personen, auf denen sie beruhen, namentlich die Verwandtschaft, die Natur der Gegenseitigkeit haben und die zu- oder abgesprochene Intestaterbberechtigung im Allgemeinen nur die Zuerkennung oder Aberkennung einer vollwirksamen Verwandtschaft enthält.

Darauf, daß man noch im sechszehnten Jahrhundert diese Natur der Intestaterbrechte oft als ausnahmslose Regel aussprach, ist für die richtige Erklärung der streitigen Stelle der Reformation allerdings kein Gewicht zu legen; allein so weit diese Regel richtig ist, muß sie auch als Interpretationsprinzip anerkannt werden. Im vorliegenden Falle ist aber ihr Zutreffen hinsichtlich der Vorschrift des § 13 durch das dortselbst in Bezug genommene gemeine Recht außer Zweifel gesetzt und für die Bestimmung des § 14 läßt sich wenigstens eine Ausnahme von der Regel nicht beweisen. Dadurch allein, daß die Be-

stimmung vom gemeinen Rechte abweicht und aus dem deutschen Rechte herrührt, ist die Ausnahme nicht dargethan, weil die Regel nicht auf eigenthümlich römischen Rechtsbegriffen beruht und ebensowohl für deutschrechtliche Successionen gilt. Interventen haben zwar die Einseitigkeit dieser Ausschließung der unehelichen Kinder von der Beerbung der Ascendenten und Seitenverwandten durch Herleitung der letzteren aus der deutschrechtlichen Rechtslosigkeit der Unehelichen zu begründen versucht, und für diese Herleitung haben sich auch einige Schriftsteller, namentlich:

Marezoll, über bürg. Ehre S. 302 und

Sydow, Erbrecht des Sachsensp. S. 47,

ausgesprochen. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist jedoch von

Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Thl. 3, S. 22 flg.

aufs Ueberzeugendste dargethan worden, welcher zugleich nachweist, daß der wirkliche Grund dieser Ausschließung der unehelichen Kinder von der Succession ihrer Eltern und Seitenverwandte in dem Mangel des Familienschutzes, also einer vollwirksamen Verwandtschaft lag, weshalb die Ausschließung auch umgekehrt galt. Als in der Folge diese Idee sich abschwächte und das gemeine Recht größeren Eingang fand, haben die seitdem entstandenen Stadt- oder Landrechte auf verschiedene Weise und nach oft ganz entgegengesetzten Gesichtspunkten den Conflict der früheren Auffassung mit den späteren Rechtsideen geschlichtet, worüber die Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck in Sachen Sauer gegen den Fiscus *) belehrende Zusammenstellungen enthalten. Daß nun aber die Frankf. Reformation von dem Prinzip ausgegangen sei, die unehelichen Kinder einseitig von der Erbfolge ihrer Ascendenten über den ersten Grad hinaus und der Seitenverwandte auszuschließen, um deren eheliche Verwandte zu bevorzugen, wie Interventen behaupten, ist zum wenigsten völlig unerweislich und es hat selbst eine viel größere Wahrscheinlichkeit für sich, daß man nach Reception des römischen Rechts die Vorstellung des älteren deutschen Rechts doch in so weit fortwirken ließ, als ersteres nicht aus besonderen Humanitätsrücksichten eine erbrechtlich wirksame Verwandtschaft anerkannt hatte, d. h. daß man das römische Recht nur im Verhältniß zu Vater und Mutter selbst und von ebendenselben er-

---

*) Siehe S. 154.

zeugten unehelichen Kindern, mit denen allen das Kind noch unmittelbar Ein Blut ist, aufnahm, alle erbrechtliche Succession aber, die auf bloßer Verwandtschaft beruhte, im Gegensatz zum römischen Recht hinsichtlich der mütterlichen, im Gegensatz zu anderen damaligen Particularrechten hinsichtlich der väterlichen Ascendenten und Seitenverwandten fortwährend ausschloß.

Auch wird dieses dadurch bestätigt, daß in andern Rechten jener Zeit, die mit der Frankf. Reformation Aehnlichkeit haben, namentlich dem

Lüneburger Stadtr. P. V. Tit. 2, p. 87 und

Solms. Landrecht Tit. 25, § 9

die gegenseitige Ausschließung der Unehelichen und ihrer Verwandten über Vater und Mutter hinaus von ihrer Beerbung ausdrücklich ausgesprochen ist.

Diese richtige Ansicht ist auch von allen Schriftstellern über das Frankfurter Recht angenommen und in allen bekannten einheimischen Richtersprüchen befolgt worden, wie Intervenient mehrfach nachgewiesen hat. Wenn nun hierdurch auch kein eigentliches Gewohnheitsrecht begründet sein mag, weil die Zahl der bekannten Richtersprüche

vergl. Bender, Privatr. der Stadt Frankfurt S. 215 flg.

nicht sehr bedeutend und wenigstens in einem Falle, wie Intervenient selbst zugibt, jedoch nur von einer auswärtigen Fakultät und in einem in höchster Instanz reformirten Erkenntnisse die entgegengesetzte Ansicht angenommen worden ist, so nimmt eine solche opinio communis und constante Praxis der einheimischen Gerichtshöfe doch jedenfalls eine bedeutende Autorität für sich in Anspruch, der man sich ohne die dringendsten Gründe nicht entziehen darf.

346.

Johann Robert Capitän, Kläger und Widerbeklagter gegen **Johann Jakob Jung**, Beklagten und Widerkläger, Lichtrecht und deshalb impetrirtes Bauverbot betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts II
vom 15. September 1862.

1. Die Klage wird nicht etwa darauf gegründet, daß Beklagter dem auf die Einreichung seiner Baurisse nach vorausgegangenem ganz ordnungsmäßigen Verfahren erlassenen Baubescheide vom 5./13. Juni dieses Jahres bei der Ausführung nunmehr zuwider gehandelt oder zu handeln die Absicht habe, sondern vielmehr lediglich darauf, daß des Beklagten Bau seinem Hause das Licht entziehen und durch Ansammlung von Feuchtigkeit und Dunst in dem nur 3 Fuß breiten Zwischenraum beider Häuser auch sonst schaden würde. Darnach ist denn aber des Beklagten Einrede der Erschleichung des Bauverbotes völlig begründet und dieses auch sofort im vollsten Maße klar gestellt.

2. Die erhobenen Bauamtsacten des Jahres 1862, in welchen sich die Baurisse des Beklagten befinden, deren Nichteinhaltung diesem der Kläger nirgends vorzuwerfen vermocht hat, legen nachstehende Erklärung des Klägers dar:

1. „Ich bin insofern mit der Errichtung eines Brauhauses mit meinem Nachbar einverstanden, wenn derselbe den Schwattem von seinem Kühlschiff über sein Dach hinaus abführt, sowie seinen Schornstein wenigstens über meine Dachfirste hinaus aufführt. Da mein Haus nur 3 Fuß von dem seinigen entfernt liegt und mir durch diesen Neubau ohnehin ein großer Nachtheil erwächst, so muß ich mich deßhalb doppelt dagegen verwahren, daß mein Nachbar ohne Widerrede erklärt, diesen Bestimmungen nachzukommmen;

2. in allen vorkommenden Fällen mich schadenfrei zu erhalten."

Ganz dem entsprechend enthält nun der ergangene Baubescheid vom 5./13. Juni dieses Jahres unter 4 und 5 die von dem Beklagten völlig anerkannten Vorschriften, daß

4. „der Schornstein für den Braukessel bei der erforderlichen Dicke seiner Umfassungswände von mindestens einem liegenden Backstein eine Höhe von nicht unter 65 Schuh erhalten müsse.

5. für den Dunstabzug aus dem Brauhaus über Dach gehörig Sorge getragen werden müsse.

Wenn daher jetzt Kläger plötzlich verlangt, Beklagter solle mit seinem Baue 9 Fuß von seiner Grenze zurückweichen oder mindestens doch soweit, daß er, Kläger, aus den ungeöffneten Fenstern des unteren Stockes den Himmel erblicken könne, so kann er mit einem solchen Verlangen schlechterdings nicht mehr gehört werden, verdient vielmehr den Vorwurf der Erwirkung eines höchst frevelhaften Bauverbots, und zwar um so mehr, als er des Beklagten Bau schon bis zur Höhe eines Stockwerks aufführen ließ, ohne dagegen Einspruch zu thun, mag dieser deswegen immerhin auch darum noch nicht für verspätet gelten müssen.

3. Der Einwand der Erschleichung erscheint aber sogar doppelt begründet; denn auch nach den Bauamtsacten von 1859 kann Kläger durchaus nicht mehr ein Zurückweichen des Beklagten um 9 Schuh von seiner Grenze verlangen, da er sich darin mit dem von des Beklagten Vorgänger, G. Clauer, auf dem Risse gemachten Vorbehalte:

„daß, wenn ich einstens bauen sollte, dasselbe Recht habe, Fenster in das Almend zu machen"

wörtlich dahin einverstanden erklärt hatte:

„Wie umstehend mit Nachbar Clauer einverstanden, unter gleichen Bedingungen in Bezug auf die Fenster."

So wenig nun damals Kläger mit seinem Neubau 9 Fuß von seiner Grenze der Fenster wegen zurückwich, so wenig kann er dies jetzt von dem Nachfolger Clauer's, dem Beklagten, verlangen.

4. Wenn Kläger hiergegen vermeint, er habe nicht nöthig gehabt, seine nunmehrigen Anträge bei seiner Vernehmung als Nachbar über des Beklagten Bau schon beim Bauamte vorzubringen, weil

dieses ja doch nicht über privatrechtliche Ansprüche zu entscheiden habe, so stehen ihm hier die klaren Vorschriften des Baustatuts Kap. 1, § 1 bis 4 völlig entgegen. Deren einziger oder doch hauptsächlicher Zweck ist es ja, dem Bauenden vor Beginn seines Baues darüber Gewißheit zu verschaffen, wessen er sich in Betreff desselben von seinen Nachbarn zu versehen habe. Wenn daher ein Nachbar, wie Kläger hier, dem Baue seine Zustimmung vollkommen ertheilt hat, so ist er hieran auch unbedingt gebunden; und es würde allerdings sogar für Arglist gelten müssen, wenn er nun trotzdem, den im Vertrauen auf die erhaltene Zusage Bauenden, der seinerseits die gegebenen Zusagen oder die Vorschriften des Baubescheides getreulich befolgt, mitten in der Ausführung des Baues durch Bauverbot hemmt.

5. Es ist sonach unzweifelhaft, das freventlich erwirkte Bauverbot sofort wiederum aufzuheben und Kläger für schuldig zu erkennen, dem Beklagten für alle durch das Bauverbot bewirkten Schäden und Kosten, namentlich auch die Streitkosten, Genugthuung zu leisten.

6. Die vom Beklagten widerklagend verlangte Vergitterung sämmtlicher nach der Ostseite zu gehenden Fenster des Klägers mit vorschriftsmäßigem Eisenwerk anlangend, so steht zuvörderst durch die Bauamtsacten von 1859 wiederum Klägers volles Einverständniß mit der von des Beklagten Vorgänger gemachten Vorbehalte:

„daß die Fenster mit Eisenstangen versehen sein müssen, damit kein Unrath in das Almend geschüttet wird“,

sofort fest, und jeden nur noch möglichen Zweifel hierüber würde Klägers Brief vom 11. Mai 1862 entfernen müssen, der ja ganz ausdrücklich enthält:

„und werde nicht ermangeln, sollte es verlangt werden, die Fenster meines Hauses, welche in das allgemeine Almend gehen, mit Eisenstangen zu vergittern, halte mir dasselbe jedoch vorkommenden Falles von meiner Nachbarin, Frau Wittwe Clauer, aus.“

Es kann sich daher hier nur darum fragen, welcher Einfluß auf dieses durch beiderseitiges Einverständniß völlig festgestellte Rechtsverhältniß dem später erst beiden Theilen bekannt gewordenen Umstande beizumessen sei, daß dieser zwischen beiden Häusern bestehende Zwischenraum von 3 Schuh kein allgemeines städtisches Almend mehr sei.

Nun ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb dieser Umstand jenes gegenseitige Einverständniß über dies Rechtsverhältniß aufheben sollte dürfen; denn der von Clauer, auf dessen freie Einräumung die dermaligen Fenster allein gestützt werden können, ausdrücklich angeführte Grund seines Vorbehaltes:

„damit kein Unrath in das Almend geschüttet wird,"

bleibt vor wie nach für ihn bestehen, gleichgültig ob dieser 3 Schuh breite Zwischenraum beider Häuser Eigenthum der Stadt oder der Streittheile, die nun beide dasselbe gleichmäßig als solches ansprechen, sein möge oder nicht. Dieser Theil der Widerklage muß daher für begründet gelten, ohne daß hierbei der § 7, Kap. 7 des Baustatuts in Betracht zu kommen hätte.

7. Widerkläger selbst gibt zu, daß des Klägers früheres einstöckiges Hintergebäude den Trauf von seiner östlichen Abdachung auf des Widerklägers Hof gehabt habe. Bei dem Neubau Klägers zeigten dessen Risse die von demselben beabsichtigte Errichtung eines dreistöckigen Hauses an Stelle des früheren einstöckigen dem Vorgänger des Widerklägers, G. Clauer, klar und deutlich. Wenn sich daher derselbe in dieser Beziehung weiter nichts als die Versehung des Daches mit Schneebrettern, womit Kläger sich einverstanden erklärte, vorbehalten hatte, so kann diesem jetzt von dem Widerkläger auch nicht angesonnen werden, seinen Dachtrauf über sein eigenes Grundstück zu leiten, wobei wiederum das vorliegende Einverständniß der Streittheile bezüglich ihrer Vorgänger die Erörterung der gesetzlichen Bestimmungen ganz überflüssig macht. Auch vermag hieran der Umstand nichts zu ändern, daß der Trauf nunmehr in einen Kändel aufgefangen und zusammen in des Beklagten Hof geleitet worden, denn auch dies muß als bereits von Clauer zugestanden gelten, da die Errichtung eines dreistöckigen Wohnhauses ohne Kändel undenkbar ist, und er gleichwohl nur Anbringung von Schneebrettern am Dache sich vorbehalten hatte.

8. Nicht das Gleiche dagegen gilt in Betreff des mittelst zweier besonderer Kändel gleichfalls in des Beklagten Hof geleiteten Wasserablaufes aus den 6 Küchen des Klägers; denn hierzu läßt sich aus G. Clauer's Erklärung zu den Bauamtsacten von 1859 keinesfalls schon dessen Zustimmung erfolgern, und zwar umsoweniger, als Dachtrauf und Wasserablauf aus den Küchen durchaus nicht zusammen-

fallen. Der Behauptung Klägers, daß Clauer später ausdrücklich sich damit einverstanden erklärt habe, widerspricht Widerkläger ganz entschieden. Der Widerbeklagte muß daher hier seine Behauptung der Clauerschen Zustimmung hierzu beweisen oder aber seine weitere Behauptung, der Zwischenraum beider Häuser von 3 Schuh sei sein Eigenthum.

9. Daß die den dritten Gegenstand der Widerklage bildende Thüre im Hause des Klägers sich auf seinem Baurisse vom 27. Juni 1859, auf welchen hin allein die Erklärungen der Nachbarn und der erlassene Baubescheid sich beziehen, nicht angezeigt findet, ergibt schon der Augenschein und wird durch das Protokoll vom 9. September dieses Jahres bestätigt. Bei Gelegenheit seines Neubaues hat daher Kläger, von Clauer's wiederum von ihm behaupteter, durch Widerkläger geläugneter, von Kläger mithin zu beweisender Zustimmung abgesehen, kein Recht dazu erworben. Kläger behauptet jedoch, auch sein früheres Gebäude habe von jeher einen Zugang nach dieser Seite von etwa 4 1/2 Fuß Höhe und 18 Zoll Breite besessen, den er bei jenem Neubau nur etwas vergrößert habe. Daß dies eine Thüre, wie jetzt, gewesen sei, vermag er selbst nicht zu behaupten, wie denn auch die von ihm selbst angegebenen Maße dem widersprechen. Da nun Kläger für die von ihm eingeräumte Vergrößerung des früheren Zuganges, dessen Vorhandensein Beklagter gänzlich läugnet, indem solcher nur ein Luftloch des klägerischen früheren Magazins gewesen sei, selbst nicht eine vorausgegangene Zustimmung Clauer's zu behaupten vermochte, nichts desto weniger aber die Beibehaltung des unberechtigten zur Thüre erweiterten Zuganges begehrt, so trifft die Beweislast in dieser Beziehung ihn, und zwar hat er entweder eine nachfolgende Genehmigung Clauer's oder auch, da eine bloße Thüre Klägers auf sein Eigenthum für Beklagten an und für sich nichts Belästigendes enthält, seine zum Beweis hier zuzulassende weitere, vom Widerkläger geleugnete Behauptung darzuthun, daß der dreischühige Zwischenraum beider Häuser, auf welchen seine Thüre mündet, sein Eigenthum sei, weil er dann natürlich auch die Thüre darauf münden lassen kann. Gegen diesen letzteren Beweis bleibt es aber dem Widerkläger frei, gegenbeweislich darzuthun, daß umgekehrt jener Zwischenraum vielmehr sein Eigenthum sei und können beide Theile sich des bereits in solcher Beziehung schon Bewiesenen hierzu mitbedienen.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Das am 18. Juli dieses Jahres gegen den Beklagten erkannte Bauverbot wird hiermit unter Verwerfung der Klage, sowie Verfällung Klägers in die Kosten der Klage und den Ersatz aller dem Beklagten durch das Verbot verursachten Schäden, wieder aufgehoben.

II. In der Widerklage wird

1. der Antrag Widerklägers, den Kläger zur Ableitung des Regenwassers über sein eigenes Grundstück anzuhalten, verworfen;
2. Widerbeklagter verurtheilt, binnen 14 Tagen die nach der Ostseite zu gehenden Fenster seines Hauses mit Eisenwerk vergittern zu lassen,
3. ferner verurheilt, die Küchenwasser aus seinen 6 Küchen mittelst zweier Kändel auf des Beklagten Hof oder den fraglichen Zwischenraum beider Häuser von 3 Schuhen, sowie die von ihm an der Ostseite angebrachte Thüre wieder zu entfernen, er wollte und könnte denn, Gegenbeweis vorbehalten, darthun, entweder:
   a) daß des Beklagten Vorgänger im Eigenthum, Gabriel Clauer, dieselben genehmigt habe, oder
   b) daß der Zwischenraum beider Häuser von 3 Schuhen sein Eigenthum sei.
4. Dem Widerkläger bleibt, außer dem allgemeinen Gegenbeweise,
   a) gegen den Beweis des Widerbeklagten unter II, 3 a noch der Beweis seiner vorsorglichen Behauptung:
      „Clauer habe beide Bewilligungen nur vergünstigungsweise eingeräumt,"

   sowie
   b) gegen den Beweis unter II, 3 b noch der Beweis seiner Behauptung vorbehalten:
      „der Zwischenraum von 3 Schuhen zwischen beiden Häusern sei vielmehr sein Eigenthum."
5. Weiteres Erkenntniß über Hauptsache wie Kosten in der Widerklage bleibt vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 8. December 1862.

Auf Appellation des Klägers.

I. Der Kläger richtet seine erste Beschwerde dagegen:

daß das Stadtgericht in dem angefochtenen Urtheil vom 15. September d. J. unter I das am 18. Juli d. J. gegen den Beklagten erkannte Bauverbot wieder aufgehoben und die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, sowie zum Schadensersatz abgewiesen hat.

Diese Beschwerde entbehrt jeder Begründung.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das erst am 21. Juli d. J. gegen den bereits am 13. Juni d. J. begonnenen Bau des Beklagten beantragte Verbot nicht schon mit Rücksicht auf die Bestimmung Art. 74 d. P. P. O. nach Lage der Sache als verspätet nachgesucht zu verwerfen war.

Denn der von dem Beklagten vorgeschützte Einwand der Genehmigung seines Baues durch den Kläger, resp. des Verzichtes auf Geltendmachung eines angeblichen Lichtrechtes ist nicht nur begründet, sondern durch die vom Kläger erkannte Erklärung desselben auf dem Risse Anlage B der Bauamtsacten J 290 Jung, Brauhaus d. a. 1862 betreffend, bereits der Art liquid gestellt, daß es eines weiteren Eingehens auf die von dem Beklagten zur Rechtfertigung seines Baues gleichfalls angezogene Vereinbarung zwischen seinem Besitzvorfahr Clauer und dem Kläger [7] act. 1[ae] nicht bedarf.

Es kann auf die dem angefochtenen Erkenntnisse unter 1, 2, 4, 5 vorangeschickten, in dieser Instanz nicht widerlegten Gründe Bezug genommen werden, um die von dem Kläger aufzustellen versuchte Ansicht:

daß die vor dem Bauamte von den Bauinteressenten gepflogenen Verhandlungen, und zwischen denselben gewechselten Erklärungen von keinerlei Werth für die privatrechtlichen Verhältnisse der Bauenden seien,

als eine durchaus irrige, den klaren Bestimmungen des Baustatuts Kap. 1, § 3 widerstreitende zu kennzeichnen und es ist nur noch darauf hinzuweisen, daß der Kläger durch jene Behauptung in Wider-

spruch mit seiner anderweitigen Angabe in [1] S. 3, [9] S. 28 Act. 1ae geräth, wonach sich das von ihm beanspruchte Lichtrecht auf eine Seitens des beklagtischen Besitzvorfahrs Clauer 1859 durch Genehmigung der bauamtlichen Risse erfolgte Einwilligung zu seinem Neubau begründen soll.

II. Auch die in der Widerklage erhobene klägerische Beschwerde:

daß Widerbeklagter unbedingt verurtheilt worden ist, die nach der Ostseite zu gehenden Fenster seines Hauses mit Eisenwerk vergittern zu lassen, während auf Beweis zu erkennen war,

muß verworfen werden.

Es bedarf nach Lage der Sache keiner Erörterung darüber: ob Vergitterung später durch den Brief [11] act. 1ae nochmals zugesichert worden ist, noch darüber: ob eine solche schon gesetzlich nach dem Baustatute gefordert werden könnte, noch auch des vom Widerbeklagten beantragten Beweises darüber, daß die fraglichen Fenster in des Widerklägers Hof gehen.

Denn das Hauptfundament des Anspruches, das Uebereinkommen zwischen dem Besitzvorfahr des Beklagten, Clauer, und dem Kläger d. a. 1859, wonach die beiderseitigen Fenster mit Eisenstangen versehen sein müssen, damit kein Unrath in das Almend geschüttet werden, liegt in [7] act. 1ae erwiesen vor; und muß dem Stadtgericht darin beigetreten werden, daß es für die rechtliche Bedeutung und Verbindlichkeiten dieses Uebereinkommens durchaus unerheblich sein würde, wenn sich etwa die Contrahenten darüber im Irrthum befunden hätten, wer von ihnen, oder ob die Stadt Eigenthümer des s. g. Almends war oder ist.

III. Dagegen ist der unter B des Libells

wegen Normirung und Nachlassung der Beweise unter II 3, 4 des Bescheids vom 15. September d. J.

erhobenen Beschwerde im Wesentlichen stattzugeben.

In [6] act. 1ae verlangt der Beklagte widerklagend ferner

die Entfernung von zwei Kändeln des Klägers

für den Küchenablauf von seinem Hofe, und deren Ableitung über das klägerische Grundstück, sowie Zumauerung einer in demselben Hofe von dem Kläger eigenmächtig und heimlich angebrachten Thüre.

Der Kläger bestreitet diese Ansprüche in [9] act. 1ae S. 53 folg., weil

1. es an der Vorbedingung hierzu fehle, indem der sogenannte Hof, das Almend, nicht Eigenthum des Beklagten sei, vielmehr ihm, dem Kläger, eigenthümlich gehöre;

2. der Besitzvorfahr des Beklagten, Clauer, mit der Anbringung beider Vorrichtungen der Ablaufkändel und der Thüre einverstanden gewesen sei, dieselben genehmigt habe;

3. seit Menschengedenken von jeher ein Zugang von etwa 4½ Fuß Höhe und 18 Zoll Breite in den Hof bestanden habe, der von ihm nur vergrößert worden sei.

Replicirend beruft sich der Beklagte in [10] S. 79 act. 1ae noch auf das Baustatut Kap. VI, § 4, wonach dergleichen Kändel unbedingt zu entfernen seien und behauptet rücksichtlich der Thüre in [6] S. 21 act. 1ae eventuell eine nur vergünstigungsweise erfolgte Genehmigung des Clauer.

In der Schlußerklärung [12] S. 7 act. 1ae bestreitet Kläger die Anwendung des Baustatuts Kap. VI, § 4 und behauptet, die Thüre sei auch auf dem Clauer vorgelegten Risse seines Neubaues d. a. 1859 bezeichnet gewesen.

Der Beklagte hat sich dabei beruhigt, daß von dem Stadtgericht das Widerklagfundament aus Kap. VI, § 4 für Entfernung der Kändel rücksichtlich der Thüre die Behauptung heimlicher Errichtung und auch der Antrag unberücksichtigt geblieben ist, daß der Kläger verurtheilt werde, den Küchenablauf über sein Grundstück zu führen.

Dagegen hat sich der Kläger darüber beschwert, daß von dem Stadtgerichte angenommen wurde, der Hof, das Almend, sei Eigenthum des Beklagten und demgemäß nur dem Kläger Beweise unter II 3, 4 vorbehalten worden sind. Nach der Actenlage ist aber allerdings das Eigenthum des Beklagten an jenem Höfchen Bedingung der von letzterem wegen des Küchenablaufes und der Thüre erhobenen negatorischen Klage. Es trifft demnach, bei dem Leugnen des Klägers, zunächst den Beklagten, der Beschwerde des Klägers gemäß, der Beweis seines Eigenthums an dem Höfchen. Dem Kläger wird neben dem allgemeinen Gegenbeweise insbesondere darzuthun vorbehalten bleiben: daß das Höfchen sein Eigenthum ist, sowie ferner

alternativ der Beweis der einredeweise geltend gemachten Einwilligung Clauer's. Der Beklagte aber wird hiergegen, soviel die Thüre betrifft, die vergünstigungsweise Bewilligung derselben darthun dürfen.

Der Beweis der einen oder der anderen Thatsache würde die Abweisung des Widerklägers zur Folge haben.

Darüber, daß der vorbehaltene Beweis des Klägers nicht auch auf die Behauptung einer seit unvordenklicher Zeit bestehenden Thüre erstreckt wurde, ist vom Kläger keine Beschwerde erhoben.

Da sich übrigens die Thüre auf dem Baurisse des Klägers von 1859 nicht angezeigt findet, so kann es sich rücksichtlich derselben nur um eine anderweite, bei Gelegenheit des Baues erfolgte, von Kläger zu erweisende Genehmigung derselben durch Clauer handeln.

Aus diesen Gründen wird:

A. der Bescheid des Stadtgerichts vom 15. September d. J. in Abschnitt I, II. 1, 2 und 5 lediglich bestätigt;

B. im Uebrigen jedoch, soviel die widerklagend verlangte Entfernung des Küchenablaufs und der Thüre betrifft, unter Aufhebung der Abschnitte 3 und 4 unter II des stadtgerichtlichen Erkenntnisses für Recht erkannt:

1. der Beklagte und Widerkläger hat innerhalb vom Stadtgericht anzusetzender Frist rechtsgenügend darzuthun:

   daß der zwischen den beiden Häusern Lit. C Nr. 191 und Lit. C Nr. 181 und 197 befindliche, drei Schuh breite Zwischenraum (Almai) sein Eigenthum ist,

2. dem Kläger und Widerbeklagten bleibt außer dem allgemeinen Gegenbeweise vorbehalten zu beweisen:

   a) daß der unter 1 bezeichnete Zwischenraum sein Eigenthum ist, oder

   b) daß des Beklagten Vorgänger im Eigenthum des Grundstücks C 191, Gabriel Clauer, sich mit der vom Kläger bewirkten Ableitung des Küchenablaufs durch zwei Kändel auf den unter 1 bezeichneten Zwischenraum, sowie mit der vom Kläger auf der Ostseite des Zwischenraums in denselben angebrachten Thüre einverstanden erklärt oder diese Einrichtungen genehmigt hat.

3. dem Beklagten bleibt gegen den Beweis unter 2 b zu beweisen vorbehalten:

daß die Bewilligung, resp. Genehmigung der Thüre durch Clauer nur vergünstigungsweise erfolgt ist.

C. Von den Kosten dieser Instanz hat der Kläger dem Beklagten die Hälfte zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 3. November 1863.

Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung:

daß die völlige Grundlosigkeit der vom Kläger in voriger Instanz aufgestellten und in gegenwärtiger wiederholten Beschwerden bereits in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntnisse genügend nachgewiesen ist, die zuerst in dieser Instanz vom Kläger aufgestellte Behauptung aber, es habe der Beklagte bei Ausführung seines neuen Baues der Bedingung, unter welcher Kläger seine Einwilligung zu diesem Baue gegeben, theilweise nicht entsprochen, als ein unzulässiges neues Vorbringen keine Beachtung verdient,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 8. December vorigen Jahres, wie hiermit geschieht, zu bestätigen sei. Es ist auch der Kläger nicht nur schuldig, dem Beklagten die Kosten dieser Instanz zu erstatten, sondern es wird überdies der Kläger sowohl als sein Sachführer, Dr. F., wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels ein Jeder von ihnen in eine, binnen vier Wochen, bei Vermeidung von Zwangsmaßregeln, an die Kanzlei des Oberappellationsgerichts zu erlegende Strafe von dreißig Mark Courant hierdurch verurtheilt, übrigens aber die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückgewiesen.

347.

A. Stahl, Wittwe, in Friedberg, Klägerin gegen **Felix Schwarz,** Beklagten, Entschädigungsforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 25. März 1861.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten volle Entschädigung für die Nichtlieferung von 200 Malter Weizen und demgemäß Verurtheilung desselben zur Vergütung von fl. 10. 23 kr. für aufgewendete Notariatskündigungskosten, sowie der Differenz zwischen dem ausgemachten Kaufpreis von fl. 11. 10 kr. per Malter und dem höchsten Marktpreise des Weizens in der Zeit seit dem 2. resp. 23. Mai 1859 bis zur rechtskräftigen Verurtheilung, vorbehältlich der Liquidation sammt Kostenersatz — und begründet diese Ansprüche damit, daß sie laut Vertrages vom 13. December 1858 vom Beklagten 200 Säcke à 200 Pfund gut. lieferbaren französischen Weizens à fl. 11. 10 kr. nach ihrer Wahl täglich bis Ende Aprils und Ende Mai's 1859 frei an die Main-Weserbahn dahier lieferbar, gegen von ihr auf Plaut in Cassel gezogene, dahier domicilirte Zweimonatstratten erkauft, daß sie diesen Weizen zur Hälfte am 2. Mai, zur anderen Hälfte am 23. Mai 1859 gegen jedesmaliges Anerbieten der übereinkunftsmäßigen Zahlung dem Beklagten zur Lieferung habe kündigen lassen, der Beklagte aber unter nichtigen Vorwänden die Lieferungen verweigert habe.

Der Beklagte setzt der Klage die dilatorischen Einreden der fehlenden Caution für die Prozeßkosten und des mangelnden Gerichtsstandes entgegen, letztere weil aus der Klaganstellung nicht zu ersehen sei, inwiefern die verlangte Entschädigung den Betrag von fl. 300 überschreite, und läßt sich auf die Sache selbst in folgender Weise ein:

Der Vertragsabschluß selbst wird zugestanden, wie ihn die gewechselten Briefe [3] und [7] eines näheren bestätigen. Auch wird zugestanden, daß die Kündigungen unter Anerbieten von der Klägerin auf Plaut in Cassel dahier zahlbar gezogener Zweimonatstratten von entsprechenden Beträgen zur Hälfte am 2. Mai, zur anderen Hälfte am 23. Mai 1859 stattgehabt — jedoch die Verpflichtung zur Lieferung und der Anspruch auf Entschädigung aus folgenden Gründen bestritten:

a) Die zur Zahlung angebotenen Wechsel hätten bereits damals von Plaut acceptirt sein müssen, indem nur so der Beklagte, seiner Absicht gemäß, zwei wechselrechtlich verpflichtete Schuldner und ein discontables Papier erhalten hätte.

b) Bei der ersten Kündigung habe Beklagter von der Klägerin noch aus früheren Geschäften herrührend 100 Scheffelsäcke, welche er derselben geliehen, im Werthe von fl. 1. 30 kr. per Stück, sowie einen kleinen Saldo von fl. 4. 54 kr. zu verlangen gehabt, worüber er sie öfters vergeblich gemahnt — weshalb er zur Retention seiner Weizenlieferung berechtigt gewesen, die 100 Scheffelsäcke seien ihm erst am 9. Mai 1859 zurückgegeben und der Saldo von fl. 4. 54 kr. erst am 6. Juni 1859 bezahlt worden. Nach Erledigung dieses ersten Hauptanstandes habe Klägerin ihm die ersten 100 Malter nicht wiederholt gekündigt, also dieses Geschäft stillschweigend aufgegeben.

c) Bei der zweiten Kündigung habe Beklagter mittlerweile erfahren gehabt, daß Plaut Gesellschafter der Klägerin und ihrer Fruchthändel sei, wonach derselbe schon vornherein solidarisch mit verpflichtet gewesen, sein Accept ihm, Beklagten, also keinen zweiten Schuldner verschafft und den Wechsel nicht discontabel gemacht habe; übrigens sei auch dieser zweite Wechsel noch nicht acceptirt gewesen.

d) Klägerin habe ihm für frühere Weizenlieferungen gegen die Absprache statt Bezahlung Domicilwechsel gegeben, welche damals (23. Mai 1859) noch nicht fällig geworden, deshalb habe er, da inzwischen die Zeiten kritisch geworden, für die in Rede stehenden neuen Weizenlieferungen gute hiesige discontable Wechsel verlangt und unter dieser Bedingung sich am 24. Mai 1859 in dem von der Klägerin dahier gewählten Domicil bei S. Katzenstein zur Lieferung sogar der 200 Malter Weizen bereit erboten. S. Katzenstein habe aber erklärt,

er kenne die Klägerin gar nicht, Klägerin habe es also dadurch, daß sie mit Katzenstein nicht die nöthige Absprache getroffen, selbst verschuldet, daß Beklagter ihr seinen Entschluß nicht dahier habe mittheilen können, er sei also nicht mehr in mora gewesen und es treffe die Klägerin der Vorwurf der eigenen Schuld.

c) Eventuell sei der Klägerin am 2. resp. 23. Mai 1859, worauf es allein ankomme, aus der Nichtlieferung des Weizens kein Schaden erwachsen, indem damals der Preis dieser Waare sogar zurückgegangen gewesen; sodann habe Klägerin nicht angeben können, daß und an wen und wie theuer sie den Weizen anderweitig verkauft habe, ob und welchen Schadenersatz sie ihrem Käufer habe leisten müssen; seit Herbst 1859 komme französischer Weizen der 1858er Erndte hier und in dem benachbarten Getreidehandel gar nicht mehr vor, es könne also ein Marktpreis desselben seit jener Zeit gar nicht nachgewiesen werden; jedenfalls würde Klägerin den 1858er Weizen nicht so lange als todtes Kapital, welches sogar dem Verderben unterworfen gewesen, habe liegen lassen; endlich hätten die Notariatskündigungskosten höchstens fl. 4. 30 kr. betragen.

In Erwägung nun:

1. daß Klägerin sich zur Leistung einer Kostencaution von fl. 75 bereit erklärt:

2. daß die Competenz dieses Gerichtes schon dadurch genügend begründet ist, daß Klägerin das Steigen der Weizenpreise während der fraglichen Zeit um fl. 5 bis fl. 6 per Malter behauptet;

3. der Abschluß des Vertrags, wie ihn die gegenseitig gewechselten Briefe [3] und [7] eines Näheren enthalten, sowie die am 2. und 23. Mai 1859 unter Anerbieten von der Klägerin auf Plaut in Cassel dahier zahlbar gezogener Zweimonatswechsel von entsprechenden Beträgen stattgehabte Kündigung vom Beklagten zugestanden werden;

4. die vom Beklagten gegen seine Verpflichtung zu den damaligen Weizenlieferungen vorgebrachten Einwendungen aber sich sofort als verwerflich herausstellen, indem weder seine gar nicht connexen Ansprüche auf Rücklieferung von 100 geliehenen Scheffelsäcken und auf Zahlung eines kleinen Saldos von fl. 4. 54 kr. ihn zur Rentention der am 2. Mai 1859 zu liefernden 100 Malter Weizen berechtigen konnten, weshalb denn auch nach Beseitigung dieses angeblichen An-

standes keiner widerholten Kündigung zur Lieferung bedurfte, um den Beklagten in mora zu versetzen, noch auch der Umstand, daß die als Zahlung angebotenen Wechsel damals noch nicht von Plaut acceptirt waren, ihn zur Verweigerung der beiden Weizenlieferungen befugen konnten, indem durch den schriftlichen Vertrag als Zahlung nur von der Klägerin auf Plaut in Cassel dahier zahlbar gezogene, nicht aber bereits acceptirte, Zweimonatswechsel ausbedungen worden waren, das vorherige Acceptirtsein derselben aber weder sich von selbst verstand, noch auch als eine etwa mündlich weiter ausgemachte Bedingung vom Beklagten behauptet werden konnte; sodann aber auch der daraus entnommene Einwand des Beklagten, daß er erst vor der zweiten Kündigung in Erfahrung gebracht habe, daß Plaut Gesellschafter der Klägerin und ihrer Fruchthändel sei, ebensowenig in Betracht kommen kann, als die Ansicht des Beklagten, daß, da Klägerin ihm für frühere Fruchthändel statt der bedungenen Baarzahlung hiesige Domicilwechsel gegeben, welche damals noch nicht fällig gewesen, er sich für berechtigt gehalten habe, nunmehr bei den kritisch gewordenen Zeiten für die neuen Weizenlieferungen überhaupt gute hiesige discontable Wechsel zu verlangen; — wonach es denn auch auf seine am 24. Mai 1859 bei S. Katzenstein erhobene Interpellation, in welcher er sich nur unter diesen unbegründeten Bedingungen zur Lieferung der 200 Malter Weizen bereit erbietet, überall nicht mehr ankommen kann;

5. daß nach den im Handel geltenden Grundsätzen der Käufer, dem die Waare auf ordnungsmäßige Interpellation vom Verkäufer nicht rechtzeitig geliefert worden, berechtigt ist, nach seiner Wahl auf Lieferung und Ersatz des durch die verspätete Lieferung erlittenen Schadens zu klagen, oder mit Abgang von der Lieferung lediglich den Ersatz des vollen id quod interest in Anspruch zu nehmen,

Thöl, Handelsrecht Bd. I. § 17,

hierunter aber nicht unbedingt der Unterschied des Kaufpreises und des vom Beginn der mora (Lieferungstag) bis zur Litiscontestation eingetretenen höchsten Marktpreises zu verstehen ist, sondern nur nach Wahl des Klägers der Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem am festgesetzten Lieferungstag oder zur Zeit der Litiscontestation eingetretenen höheren Marktpreise, sofern nicht etwa ein größerer

Schaden oder entgangener Gewinn vom Kläger bewiesen werden könnte;

Savigny, System VI. S. 209 flg.,
Souchay, Anmerkungen Bd. I. S. 201,
Seuffert, Archiv II. 152, IV. 103, XI. 140, XII. 135,

6. daß jedoch der eventuelle Einwand des Beklagten, daß Klägerin den in Rede stehenden Weizen 1858er Erndte, selbst wenn er ihr rechtzeitig geliefert worden wäre, wegen der Gefahr des Verderbens und der entgehenden Zinsen keinesfalls über Herbst 1859 aufbewahrt, sondern schon vorher anderweitig verkauft haben würde, sie demnach äußersten Falles ihrer Entschädigungsberechnung den bis dahin eingetretenen höchsten Marktpreis zu Grunde legen dürfte, insoweit zu beachten ist, daß demselben der entsprechende Einredebeweis nachzulassen wäre; dieser aber füglich dem späteren Liquidationsverfahren vorbehalten bleiben kann; während

7. der Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Notariatskündigungskosten an sich gerechtfertigt erscheint und der Betrag von fl. 10. 23 kr. für die zwei Kündigungen nicht zu beanstanden ist, aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

1. Klägerin hat dem Beklagten binnen 14 Tagen wegen der Prozeßkosten Caution von fl. 75 zu leisten, bei Vermeidung unter Verurtheilung zum Kostenersatz angebrachtermaßen abgewiesen zu werden.

2. Unter Voraussetzung der Erfüllung dieser Auflage wird Beklagter hiermit schuldig erkannt, den durch am 2. resp. 23. Mai 1859 unterlassene Lieferung von 200 Malter gut lieferbaren 1858er französischen Weizens à fl. 11. 10 kr. per Malter der Klägerin veranlaßten Schaden und entgangenen Gewinn derselben nach vorgängiger Liquidation, zu ersetzen, auch derselben binnen 14 Tagen für Notariatskündigungskosten fl. 10. 23 kr., sowie die bisherigen Prozeßkosten zu vergüten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 9. September 1861.

Auf beiderseitige Appellation.

In Erwägung, daß

I. die erste Beschwerde des Beklagten durch den erläuternden Inhalt der Replik ihre vollständige Widerlegung findet, daß

II. was die vierte Beschwerde des Beklagten anbelangt,

1. es sich vorliegend von einer täglichen Schwankungen des Preises unterworfenen Waare gehandelt und daher Klägerin allerdings statt auf Vertragserfüllung und Ersatz etwaigen Schadens, lediglich auf das volle Interesse klagen gekonnt hat,

Thöl, Handelsrecht Thl. 1, § 87.

daß

2. in einem solchen Falle, wo insbesondere die Lieferung an einem bestimmten Zeitpunkte erfolgen mußte, der Verzug die rechtliche Wirkung äußert, daß derjenige, welchem die Lieferung zu geschehen hat, nur befugt ist, die Differenz zwischen dem höchsten Marktpreise am Tage der bedungenen Lieferung und dem Verkaufspreise in Anspruch zu nehmen,

von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts Bd. III. § 104, S. 436.
Seuffert, Archiv Bd. 1, Nr. 44.
Thöl, Entscheidungen Nr. 74.
Souchay, Anmerk. zur Reform. S. 202.

daß

3. dagegen die Klägerin in der Klage als das von dem Beklagten zu prästirende Interesse, die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höchsten Marktpreise des fraglichen Weizens während der Zeit vom 2. und 23. Mai 1859 (den Tagen der beiden notariellen Aufforderungen) bis zur rechtskräftigen Verurtheilung, bezeichnet hat,

daß

4. hiernach Klägerin einen anders zu berechnenden, möglicher Weise höheren Betrag als ihr gebühren würde, verlangt hat, statt, wie es doch nach Vorstehendem hätte geschehen sollen, diesen Betrag unter

bestimmter Angabe des Marktpreises an den vorerwähnten Lieferungstagen namhaft zu machen,

daß

5. mithin die erhobene Klage wegen mangelnder bestimmter Angabe des Betrags des von dem Beklagten zu prästirenden Interesses, als nicht gehörig substantiirt angebrachtermaßen hätte abgewiesen werden müssen,

und daß

III. unter diesen Umständen, wo die bezügliche vierte Beschwerde des Beklagten sich als gerechtfertigt darstellt, es einer besonderen Prüfung der übrigen Beschwerden des Beklagten, sowie der der Klägerin nicht bedarf,

wird für Recht erkannt:

A. das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 25. März 1861 wird aufgehoben und Klägerin unter Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz mit der erhobenen Klage, insoweit solche auf mehr als die vorstehend unter II, 2 erwähnte Differenz gerichtet ist, definitiv, in Bezug auf letztere aber angebrachtermaßen abgewiesen.

B. Klägerin und Appellantin hat dem Beklagten und Appellaten die Hälfte der Kosten dieser Instanz zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 21. December 1863.

Auf Appellation der Klägerin.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 9. September 1861 dahin zu bestätigen und abzuändern, daß die erhobene Klage, soweit sie auf mehr als die Differenz zwischen dem höchsten Marktpreise des fraglichen Weizens an den beiden Lieferungstagen, dem 2. und 23. Mai 1859 und dem unter den Parteien bedungenen Kaufpreise gerichtet ist, definitiv abzuweisen, im Uebrigen aber die Klägerin binnen einer vom

Stadtgerichte anzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, darzuthun verbunden sei:

daß der Frankfurter Marktpreis von gut lieferbarem 1858er französischem Weizen am 2. und beziehungsweise am 23. Mai 1859 höher, und um wie viel höher gestanden habe, als eilf Gulden und 10 Kreuzer für 200 Pfund Zollgewicht Netto;

auch die Kosten erster Instanz noch auszusetzen und die der zweiten Instanz zu compensiren seien. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden gleichfalls compensirt, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Während das Appellationsgericht die erhobene Klage, soweit sie auf mehr als die Vergütung der Differenz zwischen dem Kaufpreis des fraglichen Weizens und dem Marktpreis desselben an den beiden Lieferungstagen gerichtet war, definitiv, in Bezug auf diese Differenz aber angebrachter Maßen abgewiesen hat, verlangt die Klägerin in ihrer die Sache selbst betreffenden Prinzipalbeschwerde die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, welches den Beklagten zum Ersatz des durch unterlassene Lieferung des Weizens der Klägerin veranlaßten Schadens und entgangenen Gewinnes mit Vorbehalt der Liquidation verurtheilt hatte, wiederholt jedoch für diesen Fall die schon in voriger Instanz gegen Nr. 6 der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe gerichtete Beschwerde. Da die Abweisung der bemerkten Differenzforderung, wie sie angebracht worden, den Gegenstand der aufgestellten eventuellen Beschwerde bildet, so braucht bei Prüfung der Prinzipalbeschwerde nur die definitive Abweisung der über jene Differenz hinausgehenden Ansprüche der Klägerin in Betracht gezogen zu werden.

1. Der Käufer einer marktgängigen Waare hat im Allgemeinen im Falle der mora des Verkäufers nicht blos Anspruch auf Vergütung der Differenz, welche zu der Zeit, wo die Lieferung gefordert werden konnte, zwischen dem Kaufpreis und einem höheren Marktpreis

stattfand, sondern ist auch berechtigt, Ersatz des etwaigen weiteren Schadens zu verlangen, welcher ihm durch obwaltende besondere Umstände, z. B. weil ihm die Erfüllung eigener anderweiter Verpflichtungen unmöglich gemacht oder erschwert wurde, in Folge der mora verursacht worden ist. Nur muß ein solches weiteres Interesse durch Angabe und Nachweis der dafür sprechenden speziellen Thatsachen begründet werden, während es für jenen Anspruch auf Preisdifferenz, sobald der Stand des Marktpreises zu dem betreffenden Zeitpunkt constatirt ist, eines weiteren Nachweises, daß die Waare zu diesem Preise verwerthet worden sein würde, nicht erst bedarf. Es könnte nur der Zweifel aufgeworfen werden, ob der Klägerin die Geltendmachung eines über die Preisdifferenz hinausgehenden, durch spezielle Thatsachen zu begründenden weiteren Interesses durch die sententia a qua abgesprochen worden sei, während die Klage insoweit doch nur angebrachtermaßen hätte abgewiesen werden dürfen. Indessen muß angenommen werden, daß der Klägerin in dieser Hinsicht nichts aberkannt sei, ihr vielmehr freistehe, einen Anspruch der Art, falls sie ihn begründen zu können meint, durch eine besondere Klage zu verfolgen, indem derselbe nicht als Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites zu betrachten ist. Die Klägerin hat zwar wiederholt erklärt, daß sie das volle Interesse für die Nichterfüllung des Contraktes begehre und nicht auf die reine aestimatio rei beschränkt sei, sie hat aber weder Thatsachen angeführt, welche eine über die Preisdifferenz hinausgehende Schadensersatzforderung begründen könnten, noch auch nur zu erkennen gegeben, daß ihr solche Thatsachen zu Gebote ständen. Ihre Anträge gehen vielmehr überall nur auf Vergütung einer Preisdifferenz, nur daß sie bei deren Berechnung nicht auf die Zeit beschränkt sein will, wo der Contract ursprünglich hätte erfüllt werden müssen, sondern wegen der mora des Beklagten berechtigt zu sein glaubt, unter mehreren Zeitpunkten wählen zu können. So hat sie die Klagbitte zwar zunächst auf volle Entschädigung für Nichtlieferung des Weizens gerichtet, selbst aber unmittelbar darauf nur die Folgerung daraus gezogen, daß der Beklagte zur Erstattung der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem höchsten Marktpreis seit den Lieferungstagen bis zur rechtskräftigen Verurtheilung anzuhalten sei. Und ebenso wird in der Replik erst nochmals hervorgehoben, die Klägerin habe das

Interesse im weiteren Sinne in Anspruch genommen, wozu jeder verursachte Verlust und entgangene Gewinn gehöre, unmittelbar darauf aber geltend gemacht, es bedürfe hier keines strengen Beweises der factischen Verhältnisse, es komme das Meiste auf richterliches Ermessen an, und da Klägerin Fruchthändlerin sei, so habe sie nicht anzugeben und erst noch zu beweisen, daß und an wen sie den Weizen weiter verkauft und welche Entschädigung sie ihrem Käufer gegeben habe. Unverkennbar wollte die Klägerin sich also gar nicht auf spezielle Thatsachen stützen, wodurch ihr in concreto ein ungewöhnlicher Schaden entstanden sei, sondern nur die Vergütung in Anspruch nehmen, welche von den Gesetzen bei einem Waarenhandel der fraglichen Art allgemein und ohne besonderen Nachweis als Schuld des säumigen Käufers anerkannt wird, und scheint die aus der mora hergeleitete günstigere Berechnung der Preisdifferenz als „Interesse im weiteren Sinne" bezeichnet zu haben.

Hiernach kann als Gegenstand der definitiven Abweisung nur derjenige Anspruch angesehen werden, welcher auf eine höhere Preisdifferenz, als die an den Lieferungstagen stattfindende erhoben worden ist, und von dieser Auffassung aus mußte die erhobene Beschwerde der Klägerin gegen Nr. 6 der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe, da diese sich nur auf die Eventualität bezieht, daß auch nach den Lieferungstagen eingetretene Veränderungen des Marktpreises zu berücksichtigen wären, von selbst erledigt.

Es unterliegt nämlich

2. keinem Zweifel, daß die Klägerin nicht befugt war, ihrer Entschädigungsforderung ohne Weiteres den höchsten Marktpreis, welchen der fragliche Weizen in der ganzen Zwischenzeit, von den Lieferungstagen bis zur Verurtheilung des Beklagten, erreichte, zu Grunde zu legen. Der Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis einer nicht gelieferten Waare beruht darauf, daß der Käufer die Vergütung des Geld-Werthes verlangen darf, welchen die Waare, wenn der Vertrag beiderseits zur rechten Zeit vollzogen worden wäre, für ihn gehabt haben würde, hat sich also einfach nach den Grundsätzen von Erstattung der aestimatio rei zu richten. Der im Verzug befindliche Lieferungspflichtige, welcher in die Lage kommt, statt des versprochenen Gegenstandes den Geldwerth desselben zu erstatten, ist aber gemein-

rechtlich nicht verbunden, sich eine Schätzung gefallen zu lassen, bei welcher der höchste Preis, den die Sache während der ganzen Zeit der mora erreichte, der maßgebende wäre; vielmehr ist die gesetzliche Regel die, daß der Gläubiger nur die Wahl habe, entweder den Werth zur Zeit des Anfangs der mora oder zur Zeit des Prozesses (der Litiscontestation, resp. der Verurtheilung) zu fordern; wie dies vom Ober-Appellations-Gericht in zahlreichen Präjudicaten, namentlich in Frankfurter Sachen,

vergl. Frankf. Sache Schlegel ca. Kirsch. März 1848. *)

ausgesprochen worden ist. Im vorliegenden Falle ist auch jener Anspruch auf den höchsten Preis der ganzen Zwischenzeit, insofern er als selbstverständliche Folge der Grundsätze von der aestimatio rei geltend gemacht wurde, bereits als beseitigt anzusehen, indem das Stadtgericht sub 5 seiner Entscheidungsgründe, soweit nicht Klägerin einen weiteren Schaden erst noch nachweisen werde, nur das Wahlrecht zwischen dem Marktpreis der Lieferungstage und dem Marktpreis zur Zeit der Litiscontestation für die künftige Liquidation als maßgebend anerkannte, die Forderung des höchsten Preises der Zwischenzeit also für unbegründet erklärte, und die Klägerin dagegen keine Beschwerde erhoben hat, vielmehr in ihrer jetzigen Ausführung nur noch ein Wahlrecht zwischen den Lieferungstagen, der Litiscontestation und der Verurtheilung in Anspruch nimmt.

Aber auch ein solches Wahlrecht kann der Klägerin hier nicht zu Statten kommen, vielmehr ist lediglich der Marktpreis an den beiden Lieferungstagen, dem 2. und 23. Mai 1859, als entscheidend zu erachten. Das Wahlrecht zwischen dem Anfang der mora und der Zeit des Prozesses (Litiscontestation oder Urtheil) kann nämlich überhaupt nur da Anwendung finden, wo auf nachträgliche Lieferung des Vertragsgegenstandes selbst geklagt worden ist, indem dann der Kläger naturgemäß verlangen darf, ganz in die Lage gesetzt zu werden, als wäre durch den Prozeß die Lieferung der Sache an ihn noch erwirkt worden. Wenn dagegen auf Grund der dem Beklagten zur Last fallenden mora der Kläger nur Entschädigung begehrt, die nachträgliche Erfüllung des Contractes aber weder in An-

*) Siehe S. 189.

spruch nimmt, noch auch zur Annahme der Lieferung ferner verpflichtet zu sein glaubt, und so liegt die Sache hier, dann erklärt der Kläger damit, daß er sich den Gegenstand des Contractes durch den Prozeß gar nicht mehr verschaffen will, verzichtet also auch selbst auf die Vortheile, welche er durch den zur Zeit des Prozesses gestiegenen Werth hätte erlangen können.

arg. l. 21, § 3 D. de act. emti (19, 1).

Brinkmann, Handelsr. § 98, Note 1.

Bei dieser Lage der Sache braucht auf eine Prüfung der Frage, ob die Verabredung einer bestimmten Lieferungszeit auch in Fällen, wo auf nachträgliche Contractserfüllung geklagt wird, die Folge habe, daß die Schätzung ungeachtet der mora des Schuldners unveränderlich an den Moment der Fälligkeit gebunden bleibe, und ob der vorliegende Contract die Verabredung einer festen Lieferungszeit enthalte, nicht eingegangen zu werden.

II. Dagegen konnte dem Appellationsgericht, wenn es die Klage, soweit sie den rechtlich begründeten Anspruch der Klägerin auf Vergütung der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Marktpreis der Lieferungstage in sich begreift, angebrachtermaßen verworfen hat, nicht beigepflichtet werden, und war vielmehr der sich darauf beziehenden eventuellen Beschwerde der Klägerin mit einer Modification hinsichtlich des beantragten Verfahrens zu entsprechen.

Allerdings hat die Klägerin bisher nirgends eine bestimmte Angabe darüber gemacht, wie hoch der Marktpreis des fraglichen Weizens an den beiden Lieferungstagen, dem 2. und 23. Mai 1859, gestanden habe. Auch beruft sich die Klägerin mit Unrecht darauf, daß die Ermittelung dieses Umstandes lediglich in ein künftiges Liquidationsverfahren gehöre. Die Einleitung eines besonderen Liquidationsverfahrens zur Feststellung von Entschädigungsansprüchen ist zwar vielfach vom richterlichen Ermessen abhängig. In Fällen jedoch, wo ein Entschädigungsanspruch nicht etwa als bloße Nebenforderung, sondern als Hauptgegenstand des Rechtsstreits in Betracht kommt, kann die Eröffnung eines eigenen Liquidationsverfahrens nur dann für statthaft angesehen werden, wenn sowohl die Ersatzverbindlichkeit des Beklagten, als auch die Existenz eines Schadens bereits rechtskräftig festgestellt worden ist, indem sonst die ganze vorausgehende Prozeßver-

handlung eine lediglich hypothetische werden würde. Sobald daher die dem Beklagten zur Last fallende Rechtsverletzung sich nicht schon ihrer Natur nach als eine Schaden stiftende darstellt, muß die Existenz eines Schadens nöthigenfalls erst durch ein ordentliches Beweisverfahren constatirt werden. Es fragte sich daher im vorliegenden Falle nur, ob die Klägerin wenigstens eine Behauptung aufgestellt hat, welche in dieser Hinsicht zu einer Beweisauflage geeignet ist. Dies mußte aber bejaht werden. Denn in der Replik ist wiederholt angeführt worden, der Preis des Weizens sei zur Zeit der beiden Lieferungstage nicht nur nicht gesunken gewesen, wie der Beklagte angegeben hatte, sondern habe vielmehr höher gestanden, als der Kaufpreis. Der Berücksichtigung dieser, zur näheren Vervollständigung des Klagvortrages dienenden Behauptung stand ein Bedenken um so weniger entgegen, als der Beklagte einen formellen Einwand deshalb in der Duplik nicht erhoben hat. War aber hierüber auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen, so mußte es angemessen erscheinen, die Beweisauflage auf den nicht wohl davon trennbaren Umstand, um wieviel höher der Marktpreis zu jener Zeit gestanden habe, sofort mit zu erstrecken, und insofern das Liquidationsverfahren über den Umfang des Schadens gleich mit dem Beweisverfahren zu verbinden.

III. Bei diesem Resultat waren weiter die vom Beklagten in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden zu prüfen, soweit sie als wieder auflebend erachtet werden müssen.

So viel

1. die erste Beschwerde betrifft, welche die Berücksichtigung der vorgeschützten exceptio fori verlangt, so erscheint es zweifelhaft, ob dieselbe formell noch in Betracht komme, oder ob es nicht, nachdem das Appellations-Gericht die gedachte Einrede gleich dem Stadtgericht für unbegründet erklärt hatte, einer selbstständigen Wiederholung der Beschwerde bedurft hätte, wenn der Beklagte sich bei dieser Entscheidung nicht beruhigen wollte. Es kann dieser Zweifel jedoch dahin gestellt bleiben, da die Beschwerde jedenfalls aus dem von den vorigen Instanzen angeführten Grunde sich als materiell verwerflich darstellt.

2. Die mittelst der zweiten und dritten Beschwerde verfolgten Einwendungen des Beklagten haben bereits in den Entscheidungsgründen

des Stadtgerichts sub 4 ihre ausreichende Widerlegung gefunden, und es bedarf nur noch der Bemerkung, daß das geltend gemachte Retentionsrecht auch durch die Berufung auf Art. 54 der Frankfurter Wechsel-Ordnung nicht gerechtfertigt werden konnte, da diese Gesetzstelle auf das Zurückhalten der Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten keine Anwendung leidet:

Frankf. Sache St. Goar ca. Gailische Wollenspinnerei, December 1860.*)

3. Die vierte, fünfte und sechste Beschwerde gehen in der Hauptsache auf Abweisung der Klage wegen mangelnder rechtlicher Begründung und Substantiirung. Sie haben, soweit die sententia a qua bestätigt worden ist, ihre Berücksichtigung, im Uebrigen aber bereits in der obigen Ausführung unter I und II ihre Beurtheilung gefunden. Insbesondere stellt sich auch der eventuelle Theil der fünften Beschwerde, welcher eine eingreifendere Beachtung des unter Nr. 6 der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe besprochenen Einwandes verlangt, gleich der auf denselben Punkt bezüglichen Beschwerde der Klägerin, von selbst als erledigt dar. Insoweit die sechste Beschwerde aber gegen die Verurtheilung des Beklagten in die bisherigen Kosten erster Instanz gerichtet ist, mußte ihr in Folge der Hauptentscheidung dahin stattgegeben werden, daß diese Kosten vor der Hand noch auszusetzen wären.

IV. Die nunmehrige letzte Beschwerde der Klägerin bezieht sich auf die Kosten der zweiten Instanz. Da die beiderseitigen Appellationen gegen das Erkenntniß des Stadtgerichts mindestens großen Theils unbegründet erscheinen, so mußten die gedachten Kosten compensirt werden.

Bei dem Wechsel der Entscheidungen war endlich auch eine Compensation der Kosten jetziger Instanz auszusprechen.

Auszug aus den Seite 186 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Schlegel ca. Kirsch. 1848.

Was den vom Beklagten zu leistenden Betrag der Entschädigung betrifft, so konnte der Anspruch des Klägers auf Entrichtung des höchsten Preises, den der Weizen seit dem Tage der Klage erreichen

*) Siehe diese Sammlung, Band V. S. 407.

werde, für rechtlich begründet nicht erachtet werden. Es mußte vielmehr, wie im Urtheil geschehen, die Verpflichtung des Beklagten dahin bestimmt werden, daß er nach der Wahl des Klägers nur den Preis zu entrichten habe, welchen der Weizen zur Zeit der Insinuation der Klage hatte oder welchen derselbe zu der Zeit haben wird, wo das Urtheil dieser Instanz durch Insinuation an den Beklagten in Rechtskraft tritt. Den auf

L. 3, § 3 D. de act. emt. vend. (19, 1)

sich stützenden Grundsatz, wonach in Schuldverhältnissen, welche vorzugsweise auf Treue und Glauben beruhen, bei der Schätzung des Werthes der schuldigen Sache, insofern kein bestimmter Zahlungstag in Betracht kommt, nur auf die Zeit des beginnenden Verzugs, der auf die Zeit der Klagbehändigung zurückzubeziehenden Litiscontestation oder der Verurtheilung des Beklagten zu sehen und nur bei dem Diebe und gewaltsamen Besitzer der höchste Werth vom Anfange des Besitzes der Sache bis zur Befriedigung des Klägers zu berücksichtigen ist, hat das Oberappellations-Gericht schon in mehreren Frankfurter Sachen umständlich entwickelt und zur Anwendung gebracht, z. B.

Löwenstein, Wertheim ca. Führer 1828.
Moselli ca. Bibinger 1833.
Bibon ca. Gebr. Bethmann 1841.

Auch ist dieser von älteren und neueren Schriftstellern aufgestellte Grundsatz wieder von

Madai, Lehre von der mora § 48,
Savigny, System Bd. 6, § 275

vertheidigt worden.

Die in dem angefochtenen Erkenntnisse ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten zum Ersatze des höchsten Weizenpreises vom Tage der Klage bis zur Zahlung konnte daher einerseits ebensowenig gebilligt, als andererseits die Pflicht, den Preis des Weizens zu vergüten, von dem Umstande abhängig gemacht werden, daß Kläger zu dem Preise der in Betracht kommenden Zeiten auch Weizen gekauft habe. Denn insoweit es sich nur darum gehandelt, dem Kläger ein Aequivalent für den nicht erhaltenen Weizen zu verschaffen, ist es für die Ermittelung dieses Aequivalents gleichgültig, ob Kläger auch innerhalb

der Zeit, zu welcher derselbe statt des Weizens in sein Vermögen gebracht werden mußte, Weizen zum Betrage des Aequivalents gekauft hat. Zwar konnte der Kläger während der Zeit, in welcher ihm der Beklagte vor oder nach der Klage den Weizen widerrechtlich vorenthielt, genöthigt gewesen sein, Weizen zu höheren Preisen, als jenen zur Zeit der Klage oder des Urtheils zu kaufen, und es wäre solchenfalls die Verpflichtung des Beklagten nicht zu bezweifeln, den hieraus erwachsenden oder jeden sonstigen durch seinen widerrechtlichen Verzug entstandenen Schaden neben dem Geldwerth des nicht gelieferten Weizens zu ersetzen. Allein auf eine ihm neben dem Ersatz des Werths des Weizens zu entrichtende Entschädigung hat der Kläger keinen Anspruch erhoben, auch trifft der Preis, zu welchem Kläger anderen Weizen an Stelle des von dem Beklagten zu liefernden gekauft haben will, mit dem Preise zusammen, in welchem nach dem Zugeständniß des Beklagten der Weizen zur Zeit der Klage gestanden.

348.

Dr. **Georg Ludwig Kriegk**, Kläger und Appellat gegen die **Gasbereitungs-Gesellschaft** dahier, Beklagte und Appellantin, die Inficirung eines Brunnens betreffend.

Durch **Erkenntniß des Stadtgerichts I** vom 23. October 1861 wurde die Beklagte verurtheilt:

I. binnen 14 Tagen die Ursachen der eingetretenen Verpestung des klägerischen Brunnens zu beseitigen, beziehungsweise die Wiederherstellung desselben in den vor Anfang des Jahres 1858 bestandenen Zustand zu bewirken oder aber dem Kläger fl. 5000 festgestellten Minderwerth dessen Hauses, somit Zinsen zu 5 pCt. vom Tage der mitgetheilten Klage (16. September 1858) zu zahlen;

II. die Streitkosten zu ersetzen.

Dieses Erkenntniß wurde durch Erkenntniß des Appellationsgerichts (Rechtsfacultät Halle) vom 1. August 1862 bestätigt und durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 22. December 1863** gleichfalls im Uebrigen bestätigt, aber doch dahin abgeändert:

daß die der Beklagten für Abstellung der Brunnenverderbniß eingeräumte Frist auf sechs Monate, vom Tage der Insinuation dieses Erkenntnisses an zu rechnen, zu bestimmen sei.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Beklagte hat mittelst ihres in gegenwärtiger Instanz aufgestellten Gravamen unicum die vom Appellationsgericht verworfenen 4 Beschwerden voriger Instanz wiederholt und es war mithin hieselbst auf eine Prüfung derselben einzugehen.

I. Die erste Beschwerde, welche darin gesetzt worden ist, daß der dem Kläger durch das in zweiter Instanz confirmirte Stadtgerichts-Erkenntniß vom 9. März 1859 aufgelegte Beweis in Betreff des Umstandes,

daß der durch die Sachverständigen Dr. Löwe und Professor Böttger constatirte Zustand der Unbrauchbarkeit des Wassers im klägerischen Brunnen durch die Einflüsse der beklagtischen Gasbereitungsanstalt, insonderheit durch das Eindringen solcher Stoffe in das Erdreich, welche die Beklagten zur Bereitung des Gases benutze, herbeigeführt sei,

als erbracht angesehen, auch demgemäß condemnatorisch gegen die Beklagte gesprochen, und nicht vielmehr der klägerische Beweis für gänzlich verfehlt erklärt und der Kläger ab und zur Ruhe, eventuell mindestens angebrachtermaßen abgewiesen worden sei, war für unbegründet zu achten. (Von dem in der ersten Beschwerde mit berührten Punkt, daß dem Kläger in keinem Falle der von den früheren Richtern festgestellte Minderwerthbelauf von fl. 5000 (eventuell) habe zugesprochen werden dürfen, ist hier abzusehen, da er den Gegenstand der besonderen, unten zu berührenden dritten Beschwerde bildet.)

Die Richtigkeit des von dem Stadtgericht und dem Appellationsgericht in Betreff der in Betracht kommenden Fragen gethanen Ausspruches, daß der Causalzusammenhang zwischen dem beklagtischen Gasfabrikations-Betriebe und der Verderbniß des klägerischen Brunnens erwiesen sei, ergibt sich aus dem Inhalt der zu den Acten gekommenen Gutachten der Sachverständigen.

Durch diese Gutachten nämlich:

des physicalischen Vereins,
der Sachverständigen Professor Böttger, Dr. Löwe und Inspector Wolff,
des Professor Böttger,
des Dr. Löwe,
des Dr. Volger,

welche in allen wesentlichen Punkten übereinstimmen, ist nämlich als gewiß hergestellt,

a) daß die Verderbniß des Brunnens nicht von einer natürlichen Bodenbeschaffenheit der Gegend des klägerischen Hauses herrührt,

b) daß sie auch nicht etwa durch die Anlagen und Arbeiten der an der östlichen Seite Frankfurts belegenen sogenannten englischen Gasfabrik bewirkt worden sein kann,

c) daß sie vielmehr von übel und stark riechenden, wie schmeckenden Stoffen herrührt, welche als Nebenprodukte der auf den beklagtischen Anlagen betriebenen Gasfabrikation auftreten und auf irgend eine Weise durch Infiltration nach dem klägerischen Brunnen gelangt sein müssen.

Es kommt hiernach, da eine Gegenbeweisführung nur insofern versucht worden ist, als die Beklagte durch Sachverständige darthun zu können vermeint hat, daß die das Wasser inficirenden Stoffe ihren Ursprung in der Beschaffenheit des den Brunnen umgebenden Bodens hätten — in Betreff welches Punktes die Sachverständigen ausweise ihrer eben citirten Gutachten das Gegentheil erklärt haben — nur noch auf die Einwendungen an, mittelst welcher die Beklagte das angegebene Ergebniß der Beweisführung abzuwenden versucht hat. —

Die Beklagte macht

A. für sich geltend, daß die Sachverständigen Professor Böttger und Inspector Wolff in dem von ihnen in der gleichzeitig verhandelten Sache Belli gegen die Beklagte abgegebenen und in der vorliegenden Sache in Bezug genommenen Gutachten es als wahrscheinlich bezeichnet haben, daß die Inficirung des klägerischen Brunnens (wie auch der Brunnen mehrerer Nachbarn des Klägers) dadurch bewirkt sein werde, daß insbesondere in früherer Zeit Abgänge der beklagtischen Fabrik auf dem Grundstücke der Beklagten in dort befindliche Senklöcher eingelassen seien und sich auf diese Weise durch Infiltration weiter verbreitet haben. — Allein abgesehen davon, daß die beiden Sachverständigen hier nur eine Muthmaßung aussprechen, welcher es, wenn der in Rede stehende Umstand an sich als Gegenbeweismoment dienen könnte, an der erforderlichen festen Begründung fehlen würde, wie denn auch die factische Grundlage, auf welche jene Muthmaßung sich stützt, nicht erwiesen ist, kommt es auf dieses beklagtische Vorbringen deshalb überhaupt nicht an, weil der Beklagten in Betreff desselben Rechtskraft entgegensteht. Die Beklagte stützt sich auf das von ihr in Bezug genommene Moment insofern, als

es ihr baupolizeilich erlaubt gewesen sei, das abgängige Gaswasser in die fraglichen Senklöcher einfließen zu lassen, so daß, wenn in Folge dessen der klägerische Brunnen mit gasartigen Substanzen inficirt sein sollte, sie, die Beklagte, von keinem Vorwurfe betroffen werden würde. Es ist aber durch das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 9. März 1859 festgestellt, daß der vom Kläger erhobene Anspruch für den Fall, wenn der Verderb des Wassers den schädlichen Einflüssen seitens der beklagtischen Fabrik beizumessen sein sollte, schlechthin begründet sein würde, gleichviel, ob die Beklagte sich bei der Fabrikation oder ihrem sonstigen Verfahren einer Ordnungswidrigkeit schuldig gemacht haben sollte, oder das Eindringen von schädlichen Stoffen ohne solche erfolgt wäre. —

Hiernach kommt es auch darauf nicht an, daß die Gas-Cisterne, welche der Kläger als muthmaßlich mangelhaft und deshalb als die wahrscheinliche Ursache des Einsickerns von Gaswasser auf dem beklagtischen Grundstück bezeichnet hatte, zufolge der Wahrnehmungen der Sachverständigen Professor Böttger und Inspector Wolff während drei Tage und Nächte als dicht sich ausgewiesen hat, so daß schwerlich angenommen werden kann, daß ihr das Eindringen der schädlichen Abflüsse beizumessen ist. Mögen diese letzten von der Cisterne herrühren oder anderen Apparaten oder Vorgängen zuzuschreiben sein, für einen jeden dieser Fälle ist die Beklagte verantwortlich.

Ferner hat die Beklagte

B. schon in erster Instanz für sich geltend gemacht und ist in den höheren Instanzen darauf zurückgekommen, daß ein Theil des klägerischen Grundstücks früher der Beklagten gehört habe und mit zum Gasbetriebe benutzt worden sei. Es sei hiernach die Möglichkeit vorhanden, daß bituminöse Stoffe, welche dort aufgeschüttet gelegen haben möchten, durch die atmosphärischen Niederschläge aufgelöset und hierauf den unterirdischen Wasseradern mitgetheilt seien, so daß hieraus die Brunnen-Verderbniß erklärt werde. Der Kläger hat soviel zugegeben, daß ein kleiner Theil seines Besitzthums früher zu dem Grundstücke gehört habe, auf welchem die Gasfabrikation betrieben worden sei und resp. noch jetzt betrieben werde, allein dem gesammten übrigen Vorbringen hat er als einem unbegründeten und irrelevanten widersprochen. Und insofern er dasselbe als jedenfalls unschlüssig darstellte,

mußte ihm beigepflichtet werden; denn, selbst wenn es sich mit der Aufschüttung so, wie die Beklagten angegeben, verhalten hätte, so würde dennoch die bedeutende und andauernde Inficirung des klägerischen Brunnens daraus nicht zu erklären sein. Dies um so weniger als nicht nur der klägerische Brunnen, sondern auch eine Anzahl von Brunnen benachbarter Grundstücke, auf welche jene Aufschüttung nicht hätte wirken können, durch gasartige Substanzen verunreinigt worden ist.

Fielen hiernach die beklagtischen Obmota gegen die Annahme, daß der klägerische Hauptbeweis vollständig geführt worden sei, hinweg, so war die erste und Prinzipalbeschwerde der Beklagten zu verwerfen.

II. Die zweite Beschwerde betraf die Frist, innerhalb welcher die Beklagte nach dem Ausspruch der früheren Richter die Brunnen-Verderbniß unter dem Präjudiz abzustellen verpflichtet sein soll, daß sie im anderen Falle den wegen jenes Uebelstandes anzunehmenden Minderwerth des klägerischen Grundstückes dem Kläger zu ersetzen habe. Das Stadtgericht hat jene Frist auf 14 Tage bestimmt; das Appellationsgericht ist demselben in diesem Punkte beigetreten, und die Beklagte hat wie in voriger so auch in gegenwärtiger Instanz die Einräumung eines sechsmonatlichen Zeitraums in Anspruch genommen.

Diesem Antrage war zu entsprechen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Beklagten eine für angemessen zu achtende Frist zur Abstellung des fraglichen Uebelstandes zu gewähren ist. Auch kann, wenngleich es — mit dem Kläger, welcher hiebei den Sachverständigen Professor Volger für sich hat, — als unwahrscheinlich anzusehen sein mag, daß es der Beklagten gelingen werde, durch technische Vorkehrungen fortdauernden Infiltrationen der schädlichen Substanzen vorzubeugen, doch die Unmöglichkeit eines in dieser Hinsicht zu erreichenden Erfolges nicht angenommen werden, was denn auch von den früheren Instanzen nicht geschehen ist, indem sie sonst gar keine Frist verstattet haben würden. Für die Frage nun, welche Frist als eine angemessene anzusehen sei, ist in Erwägung zu ziehen, daß, welche Versuche die Beklagte auch machen möge, um den Brunnen des Klägers gegen die verderblichen Zuflüsse zu sichern, auf deren Ausführung und, worauf es hier mit ankommt, auf das Abwarten der Wirksamkeit, ein Zeitraum von mehreren Monaten zu verwenden sein wird, so daß, zumal

in der gegenwärtig (Ende December 1863) bestehenden Winterzeit, in welcher Erdarbeiten leicht auf längere Zeit durch Frost unterbrochen werden können, in der Verstattung der beantragten sechsmonatlichen Frist an die Beklagte eine Unbilligkeit gegen den Kläger nicht zu erblicken ist.

III. Die dritte Beschwerde der Beklagten hatte den Zweck, die Feststellung des Minderwerthes des klägerischen Grundstücks für den Fall, daß die Beklagte der Brunnen-Verderbniß innerhalb der ihr dazu verstatteten Frist nicht abhelfen sollte, als zur Zeit noch nicht Platz greifend zu bezeichnen, eventuell mindestens die von den Sachverständigen vorgenommene Schätzung auf fl. 5000 gerichtsseitig um ein Bedeutendes ermäßigt werden zu lassen.

Wenn hier die Beklagte

a) der Meinung ist, daß es jetzt überhaupt noch nicht an der Zeit sei den Schaden, welcher das klägerische Grundstück durch den fraglichen Mißstand, falls derselbe nicht beseitigt werden sollte, erlitten habe, auf einen Capitalbetrag zu bestimmen, und diesen eventuell dem Kläger zuzusprechen, so steht ihr das rechtskräftige decisum des Stadtgerichts vom 9. März 1859 entgegen. Dieses legte dem Kläger neben einander die Beweise der Inficirung des fraglichen Brunnens durch Einflüsse seitens der Gaswerke und des in Rede stehenden Minderwerthes auf, und in den Entscheidungsgründen ist unter Nr. 3 ausgesprochen, daß wenn der Kläger die Brunnen-Verderbniß als eine Folge der Einflüsse der beklagtischen Gasbereitungsanstalt in den Erdboden nachzuweisen vermöchte, die Beklagte in Betreff der mit auf eventuelle Zahlung des sich herausstellenden Minderwerthes gerichteten Klage sachfällig erscheinen würde. Grund und Zweck der Beweisauflage sind mithin solchergestalt festgestellt, daß die eventuelle Fixirung und Zuerkennung des Minderwerthbelaufes nicht mehr hinausgeschoben werden kann.

Nur dann würde dem Antrage die Abschätzung unter einstweiliger Beiseitesetzung der bereits geschehenen annoch auszusetzen, etwa stattzugeben gewesen sein, wenn, nachdem sie erfolgt, Umstände eingetreten wären, welche geeignet erschienen, die Aussetzung zu verfügen. Dies ist aber nicht der Fall. Als solche Umstände macht nämlich die Beklagte zwar geltend, erstens, daß die Legung

einer Wasserleitung bis in die Gegend des klägerischen Hauses in Aussicht stehe, nach deren Ausführung der Kläger mittelst Anbringung eines Krahnens für eine jährliche Ausgabe von wenigen Gulden das ihm nöthige Wasser werde erhalten können; zweitens, daß in kürzester Zeit die Gasanstalt von deren jetziger Eigenthümerin — der an die Stelle der ursprünglichen Beklagten getretenen neuen Gasgesellschaft — von dem gegenwärtig dazu benutzten Terrain weg und nach einem weit entfernten Platze (am Mainstrom) werde verlegt werden. — Allein diese beiden Umstände lagen schon vor, lange ehe es zur Expertise kam, ohne daß gleichwohl die Beklagte sie benutzt hat, um in erster Instanz eine Aussetzung der Expertise zu beantragen. Denn wie aus den Verhandlungen der dem Ober-Appellationsgerichte gleichzeitig zur Beurtheilung vorliegenden Sache Borgnis gegen die Beklagte erhellet, sind beide obige Umstände, sowohl daß die Verlegung der Gaswerke bevorstehe, als auch daß eine Wasserversorgung mittelst Röhrenleitung nach der Gegend des klägerischen Hauses, freilich nicht gesichert, aber doch in Anregung gekommen sei, jedenfalls schon im Herbst 1860 der Beklagten bekannt gewesen, während die Expertise der Schätzungsmänner erst im Juli 1861 stattgefunden hat. Ließ daher die Beklagte die Begutachtung vor sich gehen, ohne die besprochenen Umstände geltend zu machen und wegen derselben Aussetzung zu beantragen, so kann sie auch nicht berechtigt erscheinen, über die nicht erfolgte Aussetzung in höherer Instanz sich zu beschweren.

Ebensowenig steht ihr

b) das Recht zu, die Expertise als unrichtig anzufechten.

Es liegt eine einstimmige Schätzung dreier Sachverständigen vor, die auf formell tadellose Weise bestellt worden sind und gegen deren Person die Beklagte Einwendungen nicht erhoben hat. Ein solches Gutachten gerichtsseitig nicht anzuerkennen, dazu wären sehr erhebliche Gründe erforderlich.

Frankf. Sache Fay ca. Faber 1834.*)

Nun stellt sich aber das eventuelle Verlangen der Beklagten das Ober-Appellationsgericht solle das Ergebniß der Schätzung bei Seite setzen und für die Capitalisirung des qu. Minderwerthes ledig-

*) Siehe S. 199.

lich den Kostenbelauf zu Grunde legen, welcher für die Herbeischaffung von Wasser nach dem klägerischen Hause jährlich aufzuwenden sei, als völlig verwerflich dar, indem, ganz abgesehen von der Unstatthaftigkeit des Antrags, so wie er gestellt ist, die Werthverminderung des klägerischen Grundstücks nicht sowohl blos auf den Unkosten der Herbeischaffung des Wassers, sondern vielmehr wesentlich darauf beruht, daß das für alle verschiedene Bedürfnisse erforderliche Wasser nicht jederzeit an Ort und Stelle frisch und in ausreichender Fülle zu Gebote steht.

IV. Die vierte Beschwerde betraf die Kosten erster Instanz, welche, soweit nicht schon anderweitig darüber erkannt worden war, das Stadtgericht und die vorigen Richter der Beklagten zur Last gebracht haben. Die Beklagte verlangt für den Fall, daß es bei der Entscheidung des Stadtgerichts in der Hauptsache sein Verbleiben behalten sollte, mindestens Compensation jener Kosten. Da indessen die Beklagte die in allen Streitpunkten unterliegende Partei ist, und keine beachtungswerthe Gründe, welche sie von der Tragung der Kosten zu befreien vermöchte, vorgebracht hat, so war auch hier den vorigen Richtern beizutreten.

Anlangend die Kosten der vorigen und der gegenwärtigen Instanz, so waren dieselben, da den beklagtischen Anträgen in einem einzelnen Punkte entsprochen wird, theilweise resp. zu compensiren und der Beklagten zur Last zu bringen.

Auszug aus den Seite 198 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Fay ca. Faber. 1834.

— — — — — — — — — — — —

Es ist an sich nicht zu bezweifeln, daß auch das Gutachten verpflichteter Sachverständiger aus erheblichen Gründen, mögen diese in einem wesentlichen Fehler der Form oder in seiner inneren Untauglichkeit liegen, auf den Antrag der betheiligten Partei mittelst richterlicher Einziehung eines neuen Gutachtens anderweiter Sachverständiger einer Revision unterzogen werden kann; und es ist kein Grund vorhanden, hinsichtlich der Abschätzung von Immobilien, welche zu Frank-

furt in Folge der angestellten Rückstandsklage nach Art. 23 der Rechtsverordnung vom 8. Juli 1817

Ges. u. Stat. Samml. Bd. I. S. 92, 93.

durch drei verpflichtete Sachverständige vorgenommen wird, von einem andern Grundsatze auszugehen.

Auf der andern Seite kann und darf aber zu einer solchen immer außerordentlichen Maßregel nur mit großer Umsicht geschritten werden, und es versteht sich von selbst, daß die bloße Behauptung einer Partei, ein früheres Gutachten sei untauglich, oder, wie hier, das adjudicirte Haus sei viel zu niedrig taxirt, zur Anordnung einer nochmaligen Taxation keineswegs genügt, sondern daß zu diesem Zwecke dringende Gründe und ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Unrichtigkeit des Gutachtens der Sachverständigen vorhanden sein müssen, ehe zu der Einholung eines nochmaligen Gutachtens (hier einer nochmaligen Abschätzung des Werthes, welchen das Haus am 22. November 1828 hatte) geschritten werden kann.

349.

Georg Friedrich Bernhard Belli, Kläger, jetzt Appellat gegen die **Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft,** Beklagte, jetzt Appellantin, die Inficirung eines Brunnens betreffend.

Das Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts in dieser Sache ist von gleichem Tage und gleichem Inhalte wie das vorhergehende.

350.

Carl Borgnis, jetzt dessen Erben, Kläger, jetzt Appellaten gegen die **Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft,** Beklagte, jetzt Appellantin, die Inficirung eines Brunnens betreffend.

Das Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts in dieser Sache ist vom gleichen Tage wie die vorigen und von gleichem Inhalt.

351.

Johann Martin Hohenstatt aus Hanau, Kläger gegen **L. F. Geismar, N. Habermann** und Dr. **G. C. Thomas**, Beklagte, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I vom 11. April 1862.

1. Nach Inhalt der Klage ist Kläger am 1. December 1858 bei den Beklagten als Werkführer der denselben gehörigen Hammermühle in Dienste getreten und zwar gegen ein vereinbartes, eventuell angemessenes und übliches Tagegeld von fl. 3, neben freier Station für sich und seine Familie. Am 5. Mai 1860 hat der Mitbeklagte Dr. Thomas nach vorausgegangener, klägerischerseits jedoch für unwirksam erklärter, vierwöchentlicher Aufkündigung den Kläger wider dessen Willen außer Dienst gesetzt, ihn sammt seiner Familie und häuslichen Einrichtung aus der innegehabten Wohnung entfernt.

Kläger verlangt nunmehr, da er mit Ausnahme einer ihm geleisteten Abzahlung von fl. 210 für seine vertragsmäßigen Ansprüche noch keine Befriedigung erhalten habe, auch das bestehende Dienstverhältniß bis jetzt noch nicht ordnungsmäßig aufgelöst sei, die Zahlung des vereinbarten Tagegeldes von fl. 3 für die Zeit vom 1. December 1858 bis 5. Mai 1860 und die Fortentrichtung desselben von da an weiter, nebst einer Entschädigung von fl. 2 per Tag für die entbehrte freie Station bis zur dereinstigen rechtsgültigen Auflösung seines Dienstverhältnisses.

Außerdem macht derselbe eine Reihe von Ersatzansprüchen geltend für den Beklagten von seinen Familienmitgliedern gewährte Dienstleistungen, sowie verschiedene von ihm hergeliehene, zum Theil zu

Grunde gegangene oder wenigstens beschädigte Mobiliargegenstände und verlangt endlich die Herausgabe einer Anzahl von den Beklagten einbehaltener Fahrniß und Thiere.

2. Die Beklagten setzen dieser Klage, soweit dieselbe gegen die Mitbeklagten Geismar und Habermann gerichtet ist, zunächst die Einrede der fehlenden Passivlegitimation entgegen, indem sie behaupten, daß die Genannten schon Ende Juni 1859 aus der bis dahin bestandenen Gemeinschaft ausgetreten, die Hammermühle mit allen Activis und Passivis in das alleinige Eigenthum des Mitbeklagten Thomas übergegangen, auch hiervon dem Kläger ordnungsmäßige Anzeige gemacht worden sei.

Die Thatsache des erfolgten Austritts der beiden Geschäftstheilhaber Geismar und Habermann und die Uebernahme der Mühle von Seiten des Dr. Thomas hat Beklagter nicht verabredet, dagegen läugnet derselbe, von diesem Vorgang rechtzeitig die erforderliche Anzeige erhalten zu haben. Da ohne eine solche dem Ausscheiden der beiden Geschäftstheilhaber, gegenüber den vertragsmäßigen Ansprüchen Klägers, eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden könnte, so haben die Beklagten den Beweis der von ihnen behaupteten rechtzeitigen Anzeige zu führen. Im Fall deren Erbringung wird aber die vorgeschützte Einrede als begründet zu erachten und demgemäß die Mitbeklagten Geismar und Habermann von der gegen sie erhobenen Klage loszuzählen sein, da in dem Umstand, daß Kläger uneractet der von den Betheiligten zu seiner Kenntniß gebrachten Auflösung der bisherigen Societät stillschweigend bei dem nunmehrigen Alleineigenthümer des Geschäfts in seiner bisherigen Stellung als Werkführer der Hammermühle verblieben ist, eine Genehmigung der stattgehabten Veränderung eine stillschweigend erklärte Zustimmung Klägers zu dem Ausscheiden der Gesellschafter Geismar und Habermann beziehentlich zu dem Eintritt des nunmehrigen alleinigen Eigenthümers Dr. Thomas in deren Verbindlichkeit ihm gegenüber um so unzweifelhafter gefunden werden muß, als Kläger eventuell nicht behaupten konnte, die ihm gewordene Austrittsanzeige der genannten Geschäftstheilhaber nur unter Wahrung und Aufrechthaltung seiner vertragsmäßigen Ansprüche an dieselben entgegengenommen zu haben.

3. Die Lohn= und Entschädigungsforderung Klägers für die Zeit

nach dem 5. Mai 1860 muß sofort als grundlos verworfen werden. Denn daß der mit dem Beklagten abgeschlossene Dienstvertrag auf eine bestimmte, über den 5. Mai 1860 hinausreichende Zeit abgeschlossen gewesen sei, hat Kläger nicht behauptet. Der Vertrag war somit allezeit aufkündbar und muß deshalb die von Dr. Thomas erfolgte, später sogar nochmals wiederholte Kündigung als eine rechtsgültige und wirksame selbst in dem Fall gelten, daß Kläger von dem Ende Juni 1859 erfolgten Austritt der Geschäftstheilhaber Geismar und Hadermann und der Uebernahme der Mühle mit Activis und Passivis von Seiten des Dr. Thomas in der That keine Kenntniß erhalten haben sollte, da, wenn auch die Erstgenannten rechtlich nicht in der Lage gewesen, sich einseitig ihren Verbindlichkeiten gegen Kläger entziehen zu können, denselben doch nichts im Wege gestanden, ihre Rechte, somit auch das ihnen zustehende Kündigungsrecht, ohne Zustimmung Klägers auf ihren früheren Mittheilhaber Dr. Thomas, wie geschehen, durch Ueberlassung des Geschäftes mit allen Activis zu übertragen, Dr. Thomas als alleiniger Geschäftseigenthümer daher vollkommen berechtigt war, ohne Mitwirkung der früheren Theilhaber dem Kläger den Vertrag zu kündigen.

4. Die Lohnforderung für die Zeit vom 1. December 1858 bis 5. Mai 1860 anlangend, so leugnen die Beklagten die behauptete Vereinbarung eines Tagegeldes von fl. 3, indem sie den Sachverhalt vielmehr dahin angeben, daß dem Kläger an Stelle eines festen Gehaltes ein Viertheil des reinen Geschäftsgewinnes vertragsmäßig zugesichert worden sei, das Geschäft jedoch während der Anstellung Klägers einen Gewinn nicht ergeben habe, daher jede Lohnforderung desselben cessire.

Wenn Kläger diesem von den Beklagten angegebenen Sachverhalt in seiner Replik insoweit beitritt, daß er einräumt, es sei die ursprüngliche Vereinbarung eines Tagegeldes von fl. 3 durch die nachfolgende Uebereinkunft seiner Betheiligung zu einem Viertel an dem Reingewinn ersetzt worden, jedoch behauptet, daß diese spätere Uebereinkunft keine unbedingte, vielmehr von der seinerseits ausdrücklich erklärten Voraussetzung abhängige gewesen sei, daß der für die Benutzung der gesammten Wasserkraft erforderliche Umschlag und das zu einem Geschäftsbetrieb in diesem Umfang nöthige Capital von den

Beklagten werde beschafft, die gesammte Leitung des Geschäftes in seine Hand gelegt und der Frucht-Ein- und Verkauf ihm allein übertragen werde, daß jedoch diese Voraussetzung nicht eingetreten, es daher bei der ursprünglichen, für diesen Fall ausdrücklich aufrecht erhaltenen Stipulation eines Tagegeldes von fl. 3 verblieben sei — so ist dies gesammte Vorbringen unter dem Gesichtspunkt einer Klagverbesserung, einer Berichtigung des in der Klage angegebenen Sachverhaltes aufzufassen, indem nunmehr nicht weiter die behauptete Vereinbarung eines Tagegeldes von fl. 3 schlechthin, vielmehr unter den aus dem erwähnten replicarischen Vorbringen sich ergebenden Modalitäten als Grund des Lohnversprechens erscheint.

Bei vorliegendem Widerspruch der Beklagten gegen die Wahrheit aller dieser Angaben hat daher Kläger den Beweis zu übernehmen, wogegen den Beklagten die Führung des Gegenbeweises rücksichtlich des von ihnen angegebenen Sachverhaltes vorbehalten bleibt. Die Nichterfüllung der erweislich vereinbarten Bedingung braucht dagegen vom Kläger für den eventuellen Fall nicht erst bewiesen zu werden, da die Beklagten den desfallsigen umständlichen Angaben Klägers in der Replik und in der Duplik nur einen ganz allgemeinen und deshalb ungenügenden Widerspruch entgegengesetzt haben.

5. Die Forderung eines Miethgeldes für die von Fritz Thomas und zeitweilig von den Beklagten selber in Benutzung genommenen, dem Kläger gehörigen Mobilien, ist an sich und selbst dann begründet, wenn, wie die Beklagten behaupten, die Verlegenheit des Klägers, diese Mobiliargegenstände anderweit passend unterzubringen, die Veranlassung zu deren Aufstellung in den von Fritz Thomas und zeitweise den Beklagten bewohnten Zimmern gewesen sein sollte, da die Beklagten keinerlei Momente anzugeben wußten, aus welchen, namentlich bei der im Uebrigen von ihnen behaupteten so großen Armuth Klägers, mit Grund zu entnehmen wäre, daß die Gestattung einer unentgeldlichen Be- und Abnutzung seiner Möbel im Sinne Klägers gelegen habe. Da jedoch Beklagte die Richtigkeit der angesetzten Entschädigungsbeträge bestreiten, so hat Kläger deren Beweis zu übernehmen.

6. Der Anspruch auf eine Vergütung für die Bedienung des Fritz Thomas und der Eigenthümer der Mühle, sowie für die vom Kläger zum Gebrauch hergegebenen Küchen- und Speiseutensilien, muß

gleichfalls und zwar aus den nämlichen Gründen, wie die vorstehend erwähnte Forderung, an sich als begründet erkannt werden. Da aber die Beklagten behaupten, daß Kläger zur unentgeldlichen Gewährung dieser Dienstleistungen und Beschaffung der zur Führung des Mühlenhaushaltes erforderlichen Geräthschaften vertragsmäßig verpflichtet gewesen sei, so haben dieselben bei vorliegendem Widerspruch Klägers hiergegen, die Wahrheit ihrer Behauptung darzuthun.

7. Die Forderung einer Vergütung für die von den Familienmitgliedern Klägers dem Fritz Thomas während dessen Krankheit geleistete Pflege und Wartung ist zu verwerfen, da die Angaben Klägers keinen ausreichenden Anhalt dafür ergeben, daß es sich hierbei um unentgeldliche Dienstleistungen und nicht vielmehr um solche Bemühungen gehandelt habe, wie sie Hausgenossen im Fall des Bedürfnisses einander unaufgefordert und unentgeltlich zu gewähren pflegen, die Bemerkung Klägers in der Replik auch nicht undeutlich darauf hinweist, daß die Aufstellung einer Entschädigungsforderung der fraglichen Art überhaupt erst den nachfolgend unter den Contrahenten eingetretenen Mißhelligkeiten ihre Entstehung verdankt.

Die hierbei erhobene Nebenforderung von fl. 6 für sechs zu Lappen und Charpie zerschnittene Mannshemden muß dagegen als eingeräumt gelten, da Beklagte derselben einen Widerspruch überall nicht entgegengesetzt haben.

8. Bezüglich der verlangten Rückgabe des von dem Mitbeklagten Thomas innebehaltenen Geflügels und der in Anlage 4 verzeichneten Mobilien leugnen die Beklagten, daß Kläger die ihm angeblich von den Gebrüder Bender geschenkten 20 Hühner, 1 Hahn und 7 Tauben besessen habe, weshalb Kläger diese seine Behauptung zu erweisen hat. Im Uebrigen erklären sich die Beklagten zur Rückgabe der von dem Kläger mitgebrachten Tauben, sowie der fraglichen Mobilien bereit, jedoch gegen die ihrerseits verlangte Herausgabe der vom Kläger mitgenommenen Geschäftsbücher und einer illustrirten Ausgabe von 1001 Nacht, sowie Zahlung eines Futtergeldes für die Tauben im Betrag von 12 kr. per Monat.

Da Kläger zur Rückgabe der erwähnten Bücher bereit, die Forderung eines Futtergeldes für die Tauben aber wegen ungenügender

thatsächlicher Begründung zu verwerfen ist, so besteht Gegenansprüche wegen kein Streit mehr unter den Parteien.

9. Die Schadensforderung Klägers wegen Beschädigung seiner Mobilien gelegentlich der am 5. Mai 1860 stattgehabten Ausräumung seiner Wohnung ist, da es derselben an aller näheren Substantiirung gebricht, sofort zu verwerfen.

10. Da Kläger einräumt, von den Beklagten abzahlungsweise fl. 210 erhalten zu haben, so ist dieser Betrag eventuell an der demselben zuerkannt werdenden Lohn-, resp. Entschädigungsforderung jedenfalls in Abzug zu bringen; dagegen muß die weitere mit fl. 400 geltend gemachte Gegenforderung der Beklagten für Beherbergung und Verköstigung zweier Töchter des Klägers auf der Hammermühle wegen Mangels aller erforderlichen Substantiirung verworfen werden.

11. Zur Cautionsleistung für die Streitkosten ist Kläger verbunden, jedoch seinem Verlangen gemäß zur eidlichen Sicherheitsleistung zuzulassen.

Hiernach wird zu Recht erkannt:

I. Kläger hat binnen 14 Tagen der Streitkosten wegen juratorische Sicherheit bei der Gerichts-Commission zu leisten, bei Vermeidung mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung zum Kostenersatz, angebrachtermaßen abgewiesen zu werden.

II. Die Erfüllung dieser Auflage vorausgesetzt, soll in der Sache selbst erkannt sein, wie folgt.

A. Kläger wird mit der Forderung eines Tagegeldes von von fl. 3 für die Zeit nach dem 5. Mai 1860 und einer Entschädigung von fl. 2 per Tag für die entzogene freie Station, ferner mit der Forderung einer Vergütung für die dem Fritz Thomas während dessen Krankheit geleistete Pflege definitiv, mit der Ersatzforderung für seine am 5. Mai 1860 theils beschädigten, theils zerstörten Mobilien aber angebrachtermaßen abgewiesen

B. Die Beklagten werden mit ihren Gegenforderungen:

1. von fl. 400 für die den Töchtern Klägers gewährte Wohnung und Kost,
2. eines Futtergeldes für die Tauben desselben angebrachtermaßen abgewiesen.

C. Die Forderungen Klägers und zwar:
1. eines Miethgeldes für die auf Seite 7 und 8 der Klagschrift verzeichneten Mobilien.
2. einer Vergütung für die dem Fritz Thomas und zeitweise den Eigenthümern der Hammermühle gewährte Bedienung, sowie die zum Gebrauch im Mühlenhaushalt hergegebenen Utensilien,
3. des Werthersatzes für sechs zu Lappen und Charpie zerschnittenen Mannshemden, im Betrag von fl. 6, sind an sich liquid.

D. Die Beklagten sind schuldig, binnen 14 Tagen die dem Kläger gehörigen 7 Tauben, sowie die in Anlage 5 verzeichneten Mobilien an denselben zu verabfolgen, jedoch nur gegen gleichzeitige Rückgabe der vom Kläger mit sich genommenen Geschäftsbücher und illustrirten Ausgabe von 1001 Nacht an sie, die Beklagten.

E. Im übrigen haben beide Theile binnen 14 Tagen, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun:

I. Der Kläger:

1. Daß seine Betheiligung zu einem Viertel an dem reinen Geschäftsgewinn der Hammermühle übereinkunftgemäß von der Bedingung abhängig gemacht worden sei, daß der für die Benutzung der gesammten Wasserkraft erforderliche Umschlag und das zu einem Geschäftsbetrieb in diesem Umfang nöthige Kapital von den Beklagten werde beschafft, die gesammte Leitung des Geschäftes in seine Hand gelegt und der Frucht-Ein- und Verkauf ihm allein übertragen werde,

und

daß für den Fall der unterbleibenden Erfüllung dieser Bedingung sein Anspruch auf das ursprünglich vereinbart gewesene Tagegeld von fl. 3 ausdrücklich aufrecht erhalten werde,

oder

daß ein Tagegeld von fl. 3 in diesem Fall als ein angemessenes, der Ueblichkeit entsprechendes zu betrachten sei,

2. daß die auf Seite 7, 8 und 9 der Klagschrift für die Benutzung der daselbst verzeichneten Mobilien, für die Bedienung des Fritz Thomas und der zeitweilig anwesenden Mühleneigenthümer, sowie für die beschafften, zum Mühlenhaushalt verwendeten Utensilien angesetzten — oder doch welche höheren als die von den Beklagten in dieser Beziehung zugegebenen Beträge die angemessenen seien,
3. daß ihm von den Gebrüder Bender 20 Hühner, 1 Hahn und 7 Tauben geschenkt worden seien.

II. Die Beklagten:

1. Daß sie dem Kläger von dem Ende Juni 1859 erfolgten Austritt der bisherigen Geschäftstheilhaber Geismar & Habermann und der Uebernahme des Geschäftes mit allen Activis und Passivis von Seiten des Mitbeklagten Dr. Thomas ordnungsmäßige Anzeige gemacht haben,
2. daß der Uebereinkunft zufolge dem Kläger die Bedienung des Fritz Thomas, sowie der zeitweise anwesenden Mühleneigenthümer und die Beschaffung der zum Mühlenhaushalt erforderlichen Geräthschaften ohne Entgeld obgelegen hätte.

F. Den Beklagten bleibt zu dem klägerischen Beweissatz unter E, I, 1 der Gegenbeweis insbesondere dahin vorbehalten: „daß die Uebereinkunft, wonach Kläger an Stelle eines festen Gehaltes an dem reinen Geschäftsgewinn zu einem Viertel betheiligt worden, eine unbedingte gewesen sei.“

G. Hiernächst soll in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen weiter erkannt werden, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 25. August 1862.

Auf Appellation des Klägers.

Was die erste Beschwerde des Appellanten anbelangt, so kommt das Nachfolgende in Betracht:

1. Kläger hatte in der Klage angeführt, daß er gegen ein vereinbartes, eventuell angemessenes und übliches, neben freier Station für sich und seine Familie zu beziehendes Tagegeld von fl. 3 am 1. December 1858 als Werkführer der den Beklagten gehörigen Hammermühle in deren Dienste getreten sei.

2. Von den Beklagten war in der Vernehmlassung die klägerische Angabe in Bezug auf das vereinbarte Tagegeld von fl. 3 in Abrede gestellt und behauptet worden, daß Kläger übereinkunftsgemäß neben freier Station für sich und die Seinigen nur ein Viertel des reinen Gewinnes zu erhalten, ein solcher sich aber nicht ergeben habe. Dagegen hatten sie überall zugestanden, daß Kläger von ihnen als Werkführer angenommen worden und nicht mit gehöriger Bestimmtheit geläugnet, daß ein Tagegeld von fl. 3 außer der jetzt nicht weiter in Betracht kommenden freien Station für ihn und seine Familie, ein seinen übernommenen Dienstleistungen angemessenes und auch übliches sei, indem sie, die Beklagten keineswegs, wie sie hätten thun sollen, zugleich angegeben haben, welches andere Tagegeld als angemessen und üblich zu betrachten sei.

Wenn nun

3. Kläger in der Gegenerklärung geltend gemacht hat, daß er mit den Beklagten erst nach seinem Eintritt in deren Geschäft statt des erwähnten Tagegeldes auf ein Viertel am reinen Gewinn übereingekommen sei, jedoch unter der ausdrücklichen Voraussetzung und Bedingung, daß der für die Benutzung der gesammten Wasserkraft erforderliche Umschlag und das zu einem Geschäftsbetrieb in diesem Umfang nöthige Kapital von den Beklagten werde beschafft, die gesammte Leitung des Geschäfts in seine Hände gelegt, und der Frucht-Ein- und Verkauf ihm allein übertragen werde, diese Voraussetzungen jedoch nicht eingetreten seien, so kann in dieser Entgegnung nicht, wie das Stadtgericht im 4. Abschnitt der Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses unterstellt, eine Berichtigung des in der Klage angegebenen Sachverhalts, welche zu der dem Kläger gemachten Beweisauflage geführt hat, gefunden werden.

Vielmehr ist

4. Die Sachlage so aufzufassen:

a) Es muß als von den Beklagten eingeräumt betrachtet werden,

daß Kläger vom 1. December 1858 bis zum 5. Mai 1860, dem Tage seines Austritts aus der Mühle als Werkführer, auf solcher beschäftigt gewesen sei und daß hierfür vom Anfang seiner Dienstleistungen an, außer freier Station ein Tagegeld von fl. 3 als eine angemessene und übliche Vergütung erscheine, wonach sich die auf das gedachte Tagegeld gerichtete Klage als vollkommen begründet und liquid herausstellt.

b) Die Behauptung der Beklagten in der Vernehmlassung, daß zwischen ihnen und dem Kläger eine Uebereinkunft getroffen worden, nach welcher dieser für seine Bemühungen ein Viertel des reinen Gewinnes zu erhalten habe, letzterer aber nicht eingetreten sei, ist als ein dem vorher erwähnten liquiden Anspruch entgegengesetzter Einwand bei dem klägerischen Widerspruch zum Beweise zu verstellen, jedoch nur rücksichtlich des ersten Theils jener Behauptung, indem beide Parteien darüber einverstanden sind, daß das fragliche Geschäft keinen Gewinn abgeworfen habe, während

c) in Bezug auf die vorstehend unter 3 hervorgehobene Entgegnung als eine dem beklagtischen Einwand gemachte Angabe des anderen Sachverhalts, dem Kläger der Beweis der betreffenden Voraussetzungen und Bedingungen vorzubehalten ist, wogegen deren Nichteintritt, als von den Beklagten theils ausdrücklich, theils stillschweigend eingeräumt, des Beweises nicht bedarf.

Die zweite Beschwerde findet in dem 2. Abschnitt der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe ihre vollständige Widerlegung.

Die dritte Beschwerde anbelangend, so hatte Kläger in der Gegenerklärung ausdrücklich angegeben, daß er keine andere Geschäftsbücher als seine eigenen von ihm geführten Notizbücher und von dem in der Vernehmlassung erwähnten illustrirten Werke nur zwei Bände den Beklagten herauszugeben und sich zugleich eventuell erboten, die vorgedachten Notizbücher, deren er zu seiner Vertheidigung wegen etwaiger von denselben gegen ihn zu erhebender Ansprüche rücksichtlich seiner Geschäftsführung bedürfe, bei Gericht zu deponiren. Hiernach und da Beklagte in der Schlußerklärung dem rücksichtlich der Notizbücher vorher Angeführten nicht widersprochen haben, wird Abschnitt D des Stadtgerichts-Erkenntnisses in genügender Weise abzuändern sein. —

Aus vorstehenden Gründen wird für Recht erkannt:

A. Es ist bei den Abschnitten I und II A, B, C des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 11. April 1862 zu belassen.

B. Die weiteren Abschnitte werden in Nachfolgendem abgeändert und beziehungsweise wird denselben zugleich die sich an die vorerwähnten Abschnitte anschließende erforderliche Stellung dahin gegeben:

D. In Bezug auf den an sich liquiden Anspruch des Klägers auf Herausgabe von 7 Tauben und der in [11] act. 1ae inst. verzeichneten Mobilien, sowie auf den Gegenanspruch der Beklagten wird vorerst verfügt:

a) Beklagte werden auf das Anerbieten des Klägers zur Herausgabe von zwei Bänden des in der Vernehmlassung erwähnten illustrirten Werkes verwiesen.

b) Beklagte haben binnen einer von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun,

daß Kläger andere als die von ihm geführten Notizbücher auf den Mühlenbetrieb sich beziehende Geschäftsbücher besitze, oder deren Besitz böslicher Weise aufgegeben habe.

c) Kläger hat an einer von dem Stadtgerichte zu bestimmenden Tagfahrt die von ihm während seiner Verwendung auf der Hammermühle geführten Notizbücher bei der Gerichts-Commission zu deponiren.

E. Im Uebrigen haben beide Theile binnen einer von dem Stadtgericht anzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun und zwar

a) Kläger:

aa) daß die auf Seite 7, 8 und 9 der Klagschrift für die Benutzung der daselbst verzeichneten Mobilien, für die Bedienung des Fritz Thomas und der zeitweilig anwesenden Mühleneigenthümer, sowie für die beschafften, zum Mühlenhaushalt verwendeten Utensilien angesetzten — oder doch welche höheren als die von den Beklagten in dieser Beziehung zugegebenen — Beträge die angemessenen seien,

bb) daß ihm von den Gebrüder **Bender** 20 Hühner, ein Hahn und 7 Tauben geschenkt worden seien;

b) die **Beklagten**,

aa) daß sie mit dem Kläger dahin übereingekommen seien, daß derselbe statt eines festen Gehaltes ein Viertel des reinen Geschäftsgewinnes erhalten sollte,

bb) daß sie dem Kläger von dem Ende Juni 1859 erfolgten Austritt der bisherigen Geschäftstheilhaber, **Geismar** und **Habermann**, und von der Uebernahme des Geschäfts mit allen Activis und Passivis von Seiten des Mitbeklagten, Dr. **Thomas**, ordnungsmäßige Anzeige gemacht haben,

cc) daß übereinkunftsgemäß dem Kläger die Bedienung des **Fritz Thomas**, sowie der zeitweise anwesenden Mühleneigenthümer und die Beschaffung der zum Mühlenhaushalt erforderlichen Geräthschaften ohne Entgelt obgelegen habe.

F. Dem Kläger wird rücksichtlich des Beweises unter E, b, aa außer dem Gegenbeweise im Allgemeinen der Beweis darüber vorbehalten:

daß seine Betheiligung zu einem Viertel an dem reinen Geschäftsgewinn übereinkunftsgemäß von der Bedingung abhängig gemacht worden sei, daß der für die Benutzung der gesammten Wasserkraft erforderliche Umschlag und das zu einem Geschäftsbetrieb in diesem Umfang nöthige Kapital von dem Beklagten werde beschafft, die gesammte Leitung des Geschäfts in seine Hand gelegt und der Frucht-Ein- und Verkauf ihm allein übertragen werde.

G. In der Sache selbst, sowie wegen der Kosten erster Instanz, soll weitere rechtliche Verfügung demnächst erfolgen.

C. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt und haben Appellaten dem Appellanten die Stempelgebühr für dieses Erkenntniß und das Protokoll vom 11. l. Mts. zur Hälfte zu ersetzen.

Urtheil des Ober=Appellationsgerichts
vom 28. December 1863.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 25. August 1862, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen, so weit es angefochten, zu confirmiren, aber dahin abzuändern sei, daß

1. der den Beklagten in demselben unter E, b, aa aufgelegte Beweis und der darauf bezügliche, dem Kläger unter F vorbehaltene Gegenbeweis in Wegfall zu bringen seien und statt jenes Beweises der Kläger in der von dem Stadtgericht anzuberaumenden Frist, den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, rechtsgenügend darzuthun habe:

daß zwischen ihm und den Beklagten verabredet worden sei, falls das auf der Hammermühle betriebene Mühlengeschäft nicht eine Ausdehnung bis zu durchschnittlich per Woche zu verarbeitenden 160 Malter Frucht erhalte, so solle ihm, Kläger, das früher besprochene Tagegeld von fl. 3 per Tag zukommen,

oder

daß seine, des Klägers, Betheiligung an dem Geschäft zu einem Viertel des Gewinnes übereinkunftsgemäß von der beklagtischen Erfüllung einer oder mehrerer der folgenden Bedingungen abhängig gemacht worden sei:

daß der für die Benutzung der gesammten Wasserkraft der Mühle erforderliche Umschlag veranstaltet und das zu einem Geschäftsbetriebe nothwendige Capital von den Beklagten werde geleistet werden,

daß die ganze Leitung des Geschäftes in seine, des Klägers, Hände werde gelegt werden,

daß der Frucht=Ein= und Verkauf ihm, dem Kläger, allein werde übertragen werden,

bei welcher Beweisführung es der späteren richterlichen Entscheidung vorzubehalten sei, inwiefern schon der Beweis einer einzelnen der vorstehenden drei Bedingungen als ausreichend zu betrachten sein werde; daß

2. der den Beklagten unter E, b, bb des Appellationsgerichts-Erkenntnisses aufgelegte Beweis mit auf den copulativ zu erweisenden Umstand zu richten sei:

daß der Kläger ausdrücklich erklärt habe, die Mitbeklagten, Geismar und Habermann, der denselben gegen ihn aus der Contractszeit bis zum Ende des Juni 1859 obliegenden Verbindlichkeiten zu entlassen.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Von den klägerischen Appellationsbeschwerden bezogen sich:

I. Diejenigen unter Nr. 1 bis 3 auf die Frage, wie es in Betreff des klägerischerseits geforderten Tagegeldes von fl. 3 per Tag mit der Vertheilung der Beweislast und mit der Beweisfassung zu halten sei; in welcher Richtung auch die Beklagten das Erkenntniß des Apellationsgerichts durch die wider dasselbe gerichtete Adhäsionsbeschwerde angefochten haben;

II. die vierte Beschwerde des Klägers hatte den Zweck für einen Theil des Zeitraums, in Betreff dessen der vorgedachte Anspruch erhoben worden ist — für denjenigen vom 1. Juli 1859 bis zum 5. Mai 1860 — denselben liquide erscheinen zu lassen;

III. die fünfte Beschwerde ist auf die Frage gerichtet, ob der Kläger, wie er behauptet, berechtigt sei, wegen der von ihm geltend gemachten Ansprüche sich an alle drei Beklagte zu halten; wohingegen die letzteren erklären, daß, wenn dem Kläger überhaupt eine Forderung zustehen sollte, nur der Mitbeklagte, Dr. Thomas, ihm obligirt sein würde.

Zu I. Der Anspruch des Klägers auf das Tagegeld war in der Klage durch die Angabe begründet, der Kläger habe während des in

Betracht kommenden Zeitraumes als Werkführer auf der Mühle des Beklagten in Dienst gestanden und dafür nach übereingekommenen, angemessenen und üblichen Preisen ein Tagegeld von fl. 3 per Tag zu beanspruchen. Hierin lag die Erklärung, erstens, das Verhältniß, in welchem der Kläger zu den Beklagten gestanden habe, sei von der Art gewesen, daß ihm ein Entgelt für seine Leistungen gebührt habe; zweitens, das Maß dieses Entgelts sei vertragsmäßig auf fl. 3 per Tag bestimmt worden, es werde indessen auf diese Feststellung der Vergütung nicht ankommen, da abgesehen von derselben, jener Lohn dem Kläger deshalb zugesprochen werden müßte, weil er ein den Umständen angemessener und üblicher sei. — Bei der Natur der in Rede stehenden Dienstleistung, der Werkführung in einem Mühlengeschäft, bedurfte die erste der klägerischen Aufstellungen, die Behauptung der Entgeltlichkeit der klägerischen Dienste, eines Beweises nicht; es lag vielmehr den Beklagten ob, wenn sie dem Kläger das Recht auf Vergütung seiner Leistungen bestreiten wollten, dies durch Anführung besonderer, sie von der entsprechenden Verbindlichkeit befreiender Umstände zu begründen. Dies ist denn auch von den Beklagten insofern geschehen, als sie behauptet haben, es sei zwischen ihnen und dem Kläger vertragsmäßig festgestellt worden, daß der Kläger überhaupt nicht für Lohn arbeiten, sondern wegen der Vergütung seiner Leistungen von dem Ertrage des Unternehmens abhängig sein, nämlich ein Viertel des zu erlangenden Gewinnes beziehen, falls aber kein Gewinn erlangt werden würde, leer ausgehen solle. Der Kläger ist freilich replicando dabei verblieben, daß die bezeichnete Lohnsforderung ihm beim Beginn des contractlichen Verhältnisses zugesichert worden sei, allein er hat im Allgemeinen eingeräumt, daß später eine Vereinbarung der vorstehend angegebenen Art zwischen ihm und den Beklagten zu Stande gekommen sei; auch kann diese Einräumung, da der Kläger nicht behauptet hat, daß die Vereinbarung erst von einem gewissen späteren Tage an in Wirksamkeit habe treten sollen, nicht anders als auf den Zeitraum seit dem Eintritt des Klägers in die Dienste der Beklagten bezogen werden.

Der Kläger behauptet indessen, daß es auf die vorgedachte neue Basis, welche dem zwischen den Parteien eingegangenen Verhältnisse gegeben worden sei, deshalb nicht ankomme, weil die Beklagten die

in den Acten widerholt berührten Bedingungen in Betreff der dem Geschäft zu gebenden Ausdehnung und der ihm, dem Kläger, zu erstattenden vorwiegenden Einwirkung auf dasselbe unerfüllt gelassen hätten, Bedingungen, deren Eingehung die Beklagten in Abrede gestellt haben, während so viel außer Streit liegt, daß die Leistungen, welche der Kläger als ihnen obliegend bezeichnet, von ihnen nicht beschafft worden sind.

Bei der im Vorstehenden angegebenen Sachlage kam es darauf an, ob mit dem Stadtgerichte auf Beweislast des Klägers in Betreff der Feststellung jener Bedingungen zu erkennen, oder ob dem Apellationsgerichte beizutreten sei, welches den Beklagten den Beweis der von ihnen behaupteten (unbedingten) Vereinbarung über die Beschränkung des Klägers auf eine Quote des Gewinnes aufgelegt hat. Es bedurfte nämlich auch einer Entscheidung über die Beweislast, nicht etwa nur über die vom Kläger zum Gegenstande seiner Beschwerden gemachte Beweisfassung, weil die Beklagten durch ihre Adhäsionsbeschwerde auf erstere angetragen haben. Die Zulässigkeit dieser letzteren konnte keinem Bedenken unterliegen, da der Kläger den Theil des Appellationsgerichts-Erkenntnisses, welches die Veränderung der Beweislast ausspricht (E, b, aa) mittelst der Beschwerden Nr. 1 bis 4 angefochten hat, und eine adhärirende Partei nicht, wie der Kläger vermeint, für die Anfechtung der Entscheidung der vorigen Instanz an den Umfang gebunden ist, in welchem der Appellant seinerseits Beschwerde gegen dieselbe erhoben hat. Hiernach steht es den Beklagten nicht entgegen, daß der Kläger in den ersten drei Beschwerden wesentlich die Fassung des Beweises und resp. Gegenbeweises und in der vierten Beschwerde nur einen Theil der Lohnforderung zum Gegenstande seiner Anträge gemacht hat.

Die Sache selbst anlangend mußte der Adhäsionsbeschwerde gemäß das Stadtgerichts-Erkenntniß in Betreff der Vertheilung der Beweislast wieder hergestellt werden.

Hierauf führt zunächst schon die Erwägung hin, daß, welchen Inhalt auch die von den Beklagten behauptete Vereinbarung über den Ersatz der Lohnforderung durch eine Gewinnquoten-Betheiligung des Klägers haben mochte, die Existens eines jeden Vertrages über einen solchen Ersatz die Lohnforderung ausschloß. Für die Beklagten kam

es nämlich nur darauf an, die Existenz (das Erloschensein) dieser letzteren ihrerseits zu zeigen, ohne daß ihnen die Pflicht oblag, den Beweis des Inhaltes desjenigen Verhältnisses zu führen, welches an die Stelle jener Forderung gebracht worden war. Stellte es sich also durch beklagtischen Beweis oder durch ein denselben unnöthig machendes klägerisches Geständniß heraus, daß die Lohnforderung durch die Eingehung eines neuen Geschäftes beseitigt worden sei, so war es die Aufgabe des Klägers, seine Anträge auf der Basis dieses neuen Geschäftes zu stellen, und, wenn er der Meinung war, auf derselben zu seiner Lohnforderung zurückgreifen zu können, dies gehörig zu begründen. Demgemäß ist denn auch der Kläger replicando verfahren und da die Beklagten gegen die hierin liegende Veränderung des Klagegrundes duplicando nichts eingewendet haben, so bestand kein Bedenken dabei, die neue Basis des klägerischen Anspruches bei der Entscheidung der Sache zu Grunde zu legen, folglich dem Kläger den Beweis der Umstände zur Pflicht zu machen, welche ihn berechtigen, die aufgegeben gewesene Lohnforderung wiederum geltend zu machen.

Anders würde der in Rede stehende Punkt zu beurtheilen gewesen sein, wenn der Kläger das neue Verhältniß als noch nicht zur Perfektion gelangt bezeichnet hätte, so daß das Zustandekommen desselben von der Erfüllung der mehrgedachten Leistungen, als Suspensivbedingungen, abhängig gewesen sei. Allein in dieser Weise hat der Kläger das fragliche Verhältniß replicando nicht aufgefaßt. Nach seiner Angabe ist die neue Vereinbarung zur vollgültigen Existenz gelangt und nur die bei Ausführung derselben vorgekommenen beklagtischen Contractwidrigkeiten sollen die Wirkung ausüben, daß der Kläger berechtigt sei, sich von jener Vereinbarung loszusagen und auf die Lohnforderung zurückzukommen. — Hiernach kann, wenn man den Gesichtspunkt eines bedingten Geschäfts zu Grunde legt, nur von Resolutivbedingungen die Rede sein und den Beweis solcher Bedingungen, als erlöschender Umstände, hat Derjenige zu führen, welcher aus der Feststellung und Existenz derselben Folgerungen ableitet.

Hiernach mußte der Adhäsionsbeschwerde der Beklagten in dem Hauptpunkte entsprochen werden, daß dem Kläger, wie vom Stadtgerichte geschehen, der Beweis der Feststellung der mehrgedachten Bedingungen aufzulegen sei. Dagegen war der Copulativsatz der Stadt-

gerichts-Beweisauflage in Wegfall zu bringen, daß entweder für den Fall der unterbleibenden Erfüllung der fraglichen Bedingungen der Anspruch des Klägers auf das ursprünglich vereinbart gewesene Tagegeld von fl. 3 ausdrücklich aufrecht erhalten werde, oder ein Tagegeld von fl. 3 unter den vorliegenden Umständen als ein angemessenes zu betrachten sei. Denn mit Recht hat das Appellationsgericht angenommen, daß es für den letzteren der vorstehend angegebenen Alternativsätze nach der Art und Weise, wie die Beklagten sich über denselben erklärt haben, keines Beweises mehr bedürfe.

Wenn in Gemäßheit des Bisherigen das erste klägerische Gravamen, welches eine Erschwerung des nunmehr wegfallenden beklagtischen Beweises zum Gegenstande hatte, von selbst sich erledigte, so waren doch die zweite und dritte Beschwerde des Klägers, obschon sie ihrem nächsten Zwecke nach nur auf eine dem Kläger günstigere Fassung des demselben vorzubehaltenden Gegenbeweises gerichtet waren, bei der Beweisfassung zu berücksichtigen. Und zwar war den Anträgen des Klägers unter der vorbemerkten Modification beizutreten.

Der Kläger verlangt im Grav. 2, daß ihm verstattet werde nachzuweisen:

> es sei besonders verabredet worden, daß, wenn das Mühlengeschäft nicht die von ihm replicando, behauptete Ausdehnung (durchschnittlich 8 Ladungen zu 20 Malter Frucht per Woche) erhalte, ihm, Kläger, sein Tagegeld von fl. 3 per Tag verbleiben solle.

Die Relevanz dieser Anführung — einer replicando, mit Bestimmtheit behaupteten Resolutivbedingung — kann keinem Zweifel unterliegen, und da der Kläger schon in zweiter Instanz sich darüber beschwert hat, daß dieselbe in dem Stadtgerichts-Erkenntnisse keine Berücksichtigung gefunden habe, so mußte dieselbe als ein besonderes Alternativmoment in die klägerische Beweisauflage aufgenommen werden. Des Beweises, daß der Umsatz des Mühlengeschäfts die in Rede stehende Größe wirklich nicht erreicht habe, bedurfte es nicht, da die Beklagten diesen Umstand unbestritten gelassen haben.

Im Grav. 3 beantragte der Kläger, daß die drei mehrerwähnten Bedingungen (1. Betriebscapital und Betrieb für die ganze Wasserkraft der Mühle, 2. klägerische Leitung des Ganzen und 3. klägerischer

Einkauf und Verkauf der Frucht), welche das Stadtgericht in der dem Kläger gemachten Beweisauflage copulativ zusammengefaßt hatte, als Alternativsätze zum Gegenstande der klägerischen Nachweisung zu machen seien; ein Punkt, welcher vom Kläger schon vor dem Appellationsgerichte zum Gegenstand einer Beschwerde gemacht worden ist. — Dem Kläger ist in Betreff desselben beizutreten. Die in Rede stehenden Stipulationen bilden nach der Darstellung des Klägers keineswegs ein Ganzes, so daß sie nur ungetrennt in ihrer Gesammtheit in Betracht gezogen werden könnten, vielmehr ist es sehr wohl denkbar, daß schon die Verletzung einer einzelnen derselben die Rechte und Interessen des Klägers so erheblich beeinträchtigt haben könnte, daß dem Kläger die Befugniß zuzusprechen sei, sich von dem Gewinnbetheiligungsvertrage loszusagen, und auf die Grundlage der Entgeltlichkeit seiner Leistungen mittelst Lohnzahlung zurückzukehren. Ueberdies haben die Beklagten die Richtigkeit der vorstehenden Auffassung des Klägers anerkannt.

II. Die vierte Beschwerde des Klägers geht dahin, daß ihm die Tagegeldforderung für die Zeit nach dem Ausscheiden der Mitbeklagten, Geismar und Habermann, sofort als ein Liquidum zuzusprechen sei. Er stützt sich hierbei darauf, daß seine Betheiligung bei dem Gewinn des Mühlengeschäfts nothwendig eine Societät zwischen ihm und den drei Beklagten constituirt habe. Nun seien zwei der Socii (Geismar und Habermann) am 30. Juni 1859 ausgeschieden, folglich sei die Societät aufgelöset, und da der Kläger mit dem übrig bleibenden Mitbeklagten, Dr. Thomas, von jenem Zeitpunkte an ohne Societätsvertrag fortgearbeitet habe, so komme ihm, als gegen Entgelt handelnden Arbeiter, der ordentliche Lohn eines solchen mit fl. 3 per Tag für die spätere Zeit zu.

Die vorstehende Argumentation des Klägers ist völlig unhaltbar. Die Beklagten haben niemals behauptet, daß ein Societätsverhältniß zwischen ihnen und dem Kläger abgeschlossen sei und ebensowenig kann ein solches aus demjenigen gefolgert werden, was der Kläger über den Inhalt des unter den Parteien Verabredeten angegeben hat. Der Kläger ist nach den beiderseitigen Angaben, ungeachtet er auf eine Quote des Gewinnes als auf seine Renumeration angewiesen war, nur Angestellter der Beklagten, niemals Mitinteressent

des Unternehmens, niemals den Beklagten gleichgestellt gewesen. Daß das bloße Anrecht eines Angestellten auf den Bezug einer Gewinn-Quote denselben nicht zum Socius mache, bedarf keiner Ausführung.

III. In Betreff der fünften Beschwerde mußte dem Antrage des Klägers insofern stattgegeben werden, daß, um die beiden Mitbeklagten, Geismar und Habermann, für die Zeit ihrer Theilnahme an dem Mühlen-Unternehmen (1. December 1858 bis 30. Juni 1859) wegen der denselben dem Kläger gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten zu befreien, die Beklagten nicht allein den Beweis zu führen schuldig seien, daß dem Kläger von dem Austritt der beiden genannten Betheiligten und von der Uebernahme aller Activa und Passiva seitens des Dr. Thomas Anzeige gemacht worden sei, sondern auch darthun müssen, daß der Kläger sich mit der Entlassung der Ausscheidenden von den ihnen gegen ihn obliegenden Verbindlichkeiten ausdrücklich einverstanden erklärt habe. So grundlos wie es ist, wenn der Kläger sogar einer derartigen von ihm ertheilten ausdrücklichen Erklärung Wirkung absprechen will, — welche ausdrückliche Erklärung von den Beklagten bestimmt behauptet worden ist — ebenso nothwendig ist hier der Beweis derselben, um den von den Beklagten beantragten Effect der Befreiung der beiden Geismar und Habermann von der fraglichen Verbindlichkeit eintreten zu lassen.

Die früheren Richter haben diese Folge für den Fall, wenn die obengedachte Anzeige bewiesen werden sollte, in der Acquiescenz des Klägers bei derselben und in der Fortsetzung des bisherigen Verhältnisses mit Dr. Thomas allein gefunden. Allein der Umstand, daß der Kläger der ihm gegen Geismar und Habermann zustehenden Ansprüche keine besondere Erwähnung that, läßt keineswegs auch nur mit einiger Sicherheit darauf schließen, daß er die beiden Genannten ihrer Verbindlichkeiten habe entlassen wollen. Die Acquiescenz des Klägers konnte sehr wohl auf die Zukunft sich beziehen, ohne mehr als das Einverständniß derselben mit der Veränderung in der Person seiner Principale zu erkennen zu geben, oder für die Vergangenheit irgend eine Willenserklärung zu bekunden.

Eine Willenserklärung der letzteren Art kann denn auch nicht etwa in Folge eines fingirten Zugeständnisses aus den replicarischen

Angaben des Klägers abgeleitet werden. Denn concludente factische Umstände, aus welchen eine solche Erklärung mit Grund gefolgert werden könnte, sind von den Beklagten excipiendo nicht angeführt, und es mußte somit das allgemeine replicarische Läugnen hier als ausreichend angenommen werden.

War zufolge des Obigen das Appellationsgerichts-Erkenntniß auf Grund der beiderseitigen Beschwerden abzuändern, so mußten die Kosten dieser Instanz compensirt werden, wie es denn auch bei der Compensation der Kosten der vorigen Instanz zu belassen war.

352.

Georg Wolfgang Koch, Kläger und Widerbeklagter gegen **Aron Horwitz** jun., Beklagter und Widerkläger, Forderungen betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 16. April 1862.

1. Da Beklagter durch die Anlagen A bis G dem Hauptantrage der Klage auf Abrechnuug entsprochen hat, so braucht es sich jetzt nur um diese, sowie die damit verbundene Widerklage zu handeln.

2. Die Entscheidung der Frage, ob Beklagter die verlangte Herausgabe der vom Kläger bezeichneten verschiedenen Werthpapiere zu leisten, bezüglich für deren Nichtleistung aufzukommen hat oder nicht, hängt davon ab, ob Beklagter wirklich noch die von ihm angesprochenen weiteren fl. 1856. 22 kr., fl. 524. 19 kr. und fl. 2000 nebst Zinsen vom Kläger zu erhalten hat; denn er vermöchte dieselben jedenfalls nur dann vom Kläger zu begehren, wenn er zu dem von ihm bewerkstelligten Verkaufe der 13 Stück Frankfurter Bankactien und der 10 Stück Hanauer Eisenbahnactien, sowie zum wirklichen Einzuge der genannten Insatzbeträge befugt gewesen wäre und zugleich die in dem sogenannten Separatconto, Anlage A, berechneten Verkäufe und Wiederverkäufe von Staatspapieren wirklich dem Kläger zur Last setzen durfte.

3. Daß dem Beklagten von dem Kläger die fraglichen Werthpapiere sämmtlich zu dessen größerer Sicherheit für die von ihm empfangenen baaren Vorschüsse behändigt worden sind, ergeben die Acten mit Bestimmtheit, namentlich des Beklagten Revers vom 26. Januar 1855 in Betreff des Ueberbesserungs-Insatzes von fl. 10000 auf der klägerischen Behausung Lit. E Nr. 131^f, des Beklagten Zugeständniß

in seinem Nachtrage im Zwischenverfahren in Betreff des Insatzes von fl. 2000 zu Gunsten Klägers auf der Krug'schen Behausung Lit. E Nr. 000 sammt Brief vom 7. December 1854, des Beklagten Brief vom 17. Februar 1859 in Betreff der 10 Stück Frankfurt-Hanauer-Eisenbahnactien, worin er geradezu sagt, er werde dieselben „als Depot für den Kläger aufbewahren," des Beklagten Vernehmlassung S. 12, 13 in Betreff der 13 Frankfurter Bankactien und dieselbe Vernehmlassung S. 28, 29 in Betreff der klägerischen Forderung an Kleeblatt sammt Brief vom 24. December 1854. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß an sich Beklagter nicht einseitig und ohne vorher den gesetzlichen Verpflichtungen eines Pfandinhabers in dieser Beziehung genügt zu haben, jene Actien veräußern und jene Insätze einziehen dürfte, folglich, wenn er es doch gethan, zum Ersatze verpflichtet ist, sofern ihm nur sein wirkliches Guthaben vom Kläger nicht vorenthalten wird. Nun gibt hier Kläger selbst zu, daß von der Kleeblatt'schen Schuld nur noch die letzte Theilzahlung von fl. 500 sammt Zinsen, sowie von der ursprünglichen fl. 10000-Ueberbesserung auf der Behausung Lit. E Nr. 131[f] nur noch der Insatz von fl. 4000 zu Lasten von Frau Dr. Beil, geb. Hänel, in Betracht zu kommen hätten.

4. Zwar bestreitet Beklagter, daß dieser Dr. Beil'sche Insatz von fl. 4000 von seinem Reverse vom 26. Januar 1855 noch mitbetroffen werde; doch vermag er selbst nicht zu behaupten, daß mit dem Verkaufe der klägerischen fraglichen Behausung Lit. E Nr. 131[f] an Frau Dr. Beil der Revers dem Kläger gegenüber für erloschen erklärt worden sei, während er doch zugleich vor wie nach in Klägers Hände verblieben und Beklagter, nachdem ihm ausweislich seiner notariellen Declaration vom 31. Mai 1859 in den Insatzacten Horwitz ca. Beil von 1861, von Koch fl. 1000 und von Frau Dr. Beil fl. 5000 bezahlt und von letzterer ein Ueberbesserungseinsatz von fl. 4000 wirklich bestellt worden waren, nichts destoweniger, indem der Verkauf des Hauses eben weiter nichts als die Person des Eigenthümers ändern sollte, ausweislich der Insatzacten Horwitz ca. Beil von 1861 volle zwei Jahre lang die Frau Dr. Beil die betreffenden halbjährigen Zinsen ruhig an den Kläger bezahlen ließ. Daß aber in der That Beklagter selbst dieses sein Verhältniß dem Kläger

gegenüber in Bezug auf diesen Dr. Beil'schen Insatz damals anders nicht auffaßte, zeigt unwiderleglich sein Contocorrent vom 30. Juni 1859, Anlage 22, worin er dem Kläger unter dem 31. Mai 1859 nur die von Frau Dr. Beil wirklich gezahlten fl. 5000, keineswegs auch den von ihr bestellten Ueberbesserungsinsatz von fl. 4000 gutbringt. Erst in dem viel späteren, dieselbe Zeit gänzlich verschieden behandelnden sogenannten Separatconto vom 31. December 1860, Anlage A, versucht dies Beklagter in Verbindung mit einer völlig neuen Rechnungsstellung, beweist aber gerade dadurch um so mehr gegen sich.

5. Nichts destoweniger würde Beklagter zur einseitigen Veräußerung der fraglichen Actien und Einziehung der fraglichen Insatzcapitalien berechtigt gewesen sein, wenn seine, vom Kläger jedoch auf das Bestimmteste geläugnete Behauptung wahr wäre, Kläger habe ihm auf sein Drängen um Deckung im Sommer 1859 erwiedert:

„Sehen Sie, wie Sie sich Geld verschaffen; ergreifen Sie welchen Ausweg Sie nur wollen; wir haben kein Geld und stehen für Alles ein;"

denn hierin müßte doch allerdings zugleich eine wirkliche Ermächtigung zu jenen Actienveräußerungen und Insatzeinziehungen erkannt werden. Beklagter hat daher hier zu beweisen.

5. Könnte derselbe den nöthigen Beweis nicht erbringen, so müßte er entweder die fraglichen Actien sammt den entsprechenden Coupons selbst dem Kläger, der sich hiermit einverstanden erklärt hat, zurückerstatten, oder die vom Kläger in Anlage 4 berechneten Beträge, gegen welche Beklagter an und für sich nirgends etwas eingewandt hat, demselben bezahlen. Erbringt aber Beklagter diesen Beweis, so bleibt es bei den von ihm für diese Verkäufe gemachten Ansätzen von fl. 6570. 57 kr. für die verkauften 13 Frankfurter Bankactien und von fl. 1410 für die 10 Hanauer Eisenbahnactien laut Contocorrents, da Kläger diese Ansätze selbst nirgends bestritten hat.

7. Was dagegen den im Separatconto vom Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus Verkäufen und späteren Wiederankäufen eigener Werthpapiere betrifft, so muß dieser in der That schon dessen eigenem Vorbringen nach verworfen werden; denn nirgends findet sich hierüber auch nur eine Andeutung, daß, was doch unter

allen Umständen der gute Glaube, sowie der Geschäftsverkehr als Mindestes erfordert hätten, Beklagter den Kläger hiervon benachrichtigt und Kläger den Beklagten zu diesen Dingen ermächtigt oder dieselben im Sinne, davon die Folgen selbst zu tragen, genehmigt habe, während der vom Kläger übrigens bestrittene Umstand allein, daß jener nicht stets rechtzeitig Deckung für des Beklagten Accepte zu seinen Gunsten beschafft habe, des Beklagten Verfahren durchaus noch nicht zu rechtfertigen vermag. Zugleich erhellt überall, daß Beklagter bei der Einlösung der nun einmal von ihm bereits angenommenen klägerischen Wechsel seine eigene Verbindlichkeit erfüllt und sich zugleich dem Kläger gegenüber sorgfältig dasjenige stets gutgebracht hat, was dem Banquier für dergleichen Bankgeschäfte zukömmt oder besonders vom Kläger ihm versprochen gewesen sein soll. Er ist daher durchaus nicht berechtigt, demselben so ohne alles Weitere hierneben auch noch etwaige, mit der Beschaffung des Geldes wegen der Krisis des Jahres 1859 verknüpft gewesene Nachtheile zur Last zu bringen, geschweige denn gar auf dessen Rechnung willkürliche Wiederankäufe des Verkauftgewesenen zu machen. Der Widerklageposten von fl. 524. 19 kr. aus dem Separatconto ist hiernach sofort zu verwerfen.

8. Der andere Widerklageposten von fl. 2000 wird auf Klägers Schreiben vom 25. August 1857 gegründet, worin dieser, um dem Beklagten einen größeren Umsatz zu gewähren, sich verpflichtet hat:

> „alle Zahlungen, die bei ihm eingehen, sei es für Holzlieferungen, für Bauarbeiten, sei es für Hauszins seiner diversen Häuser, oder sonstige Eingänge, sie mögen Namen haben, wie sie wollen, sowohl in Wechseln als in Geldsorten, dem Beklagten sofort zur Gutschrift in Rechnung zuzustellen, und dagegen durch ihn alle Auszahlungen, die er für Wechsel, Löhne, Hypothekenzinse, rc. zu leisten habe, zu seinen Lasten in Rechnung machen zu lassen.“

Kläger sei nun dieser Verpflichtung, obwohl er darauf „als Ehrenmann sein Ehrenwort an Eidesstatt gegeben,“ in keiner Art nachgekommen und habe „nicht das Geringste“ davon gehalten. Beklagter schlage nun die Gesammteingänge des Klägers auf wöchentlich fl. 2090 an, was jährlich fl. 100,000 (eigentlich fl. 104,000) ausmache, für 4 Jahre mithin fl. 400,000, wovon die vom Kläger ihm versprochene und ihm auch sonst gebührende Provision zu ½ % fl. 2000 betrage.

Nun widerlegen aber bereits des Beklagten eigene Contocorrente, Anlage 29 bis 34, welche doch, und zwar in vierteljährigen Abschlüssen den Zeitraum vom 1. Juli 1857 bis 31. December 1858 umfassen und zu denen auch noch die vierteljährlichen Contocorrente aus 1859 und 1860 kommen, jene Behauptung des Beklagten auf das Allerentschiedenste, da sie dem Kläger im Haben sehr bedeutende Eingänge von allen Arten, namentlich auch in baar, überall gutbringen. Daß nun aber auch Beklagter während dieser ganzen Zeit keine Beschwerde gegen den Kläger wegen nicht genügender Befolgung jener brieflichen Verpflichtung erhoben, thun wiederum seine eigenen Briefe, welche dieser Zeit angehören, zur Genüge dar, wie denn ohnedies eine buchstäbliche Einhaltung einer solchen außerordentlichen Verbindlichkeit weder denkbar noch auch nur beabsichtigt erscheinen, noch viel weniger aber auf unbeschränkte Zeit hin wirken kann. Aus diesen Briefen und Contocorrenten des Beklagten ergibt sich mithin schon dessen eigene Genehmigung des klägerischen Verfahrens in Bezug auf jenen Brief.

9. Auch über den Betrag der berechneten Provision herrscht insofern Streit, daß Beklagter dafür $^1/_2$ % vierteljährlich anspricht, Kläger aber nur $^1/_3$ % zugesteht. Beklagtens Ansatz wäre durch Klägers Schreiben vom 25. August 1857, als von diesem wirklich versprochen, völlig erwiesen, wenn nicht seine späteren Contocorrente vom 30. Juni und 30. September 1859, sowie nach Beklagtens eigenem Schreiben vom 18. Mai 1860 auch schon der Contocorrent vom 31. März 1859 und die späteren bis zum 31. März 1860, mithin im Ganzen fünf Contocorrente hintereinander, gleichwohl stets nur $^1/_3$ % berechnet und damit Klägers Behauptung bewahrheitet hätten, nachher sei die Provision übereinkunftsmäßig wieder auf $^1/_3$ % herabgesetzt worden. Nun macht zwar Beklagter in jenem seinem Schreiben vom 18. Mai 1860 geltend, nur irrthümlich habe sich in diesen Rechnungsauszügen die Herabsetzung der Provision von $^1/_2$ % auf $^1/_3$ % eingeschlichen und spricht dafür weitere fl. 318. 46 kr. als nothwendige Berichtigung an; allein dieser behauptete Irrthum muß schon darum unberücksichtigt bleiben, weil er jeder weiteren thatsächlichen Begründung entbehrt, sowie weil Beklagter durch seine fünf Contocorrente selbst die vom Kläger hierfür behauptete Grundlage des Vertragsverhältnisses anerkannt und genehmigt hat.

10. Aber auch noch nach einer anderen Seite hin müssen die Provisions- und Zinsenansätze des Beklagten Beschränkung erleiden. Kläger hatte nämlich in der Klage namentlich behauptet, er habe vom Beklagten, als dieser vom Januar 1860 an die Provision wieder von $^1/_3$ % auf $^1/_2$ % erhöhte und im Mai 1860 dies auch rückwärts noch eintreten lassen wollte, wiederholt, um die Geschäftsverbindung mit ihm aufzuheben, ordnungsmäßige Abrechnung verlangt und sich ihm zur Bezahlung des dann verbleibenden Saldo's gegen Auslieferung der Werthpapiere erboten, Beklagter aber sei der Aufforderung nicht nachgekommen, und dies muß Beklagter auch einräumen, indem er dort nur behauptet, er habe die Abrechnung nicht verweigert. Wäre nun aber das Verlangen der Rückerstattung der Werthpapiere wirklich auch ein völlig unbegründetes gewesen, so mußte doch Beklagter jedenfalls durch Rechnungsstellung dem Kläger die gewünschte Aufhebung der Geschäftsverbindung ermöglichen, und kann jetzt unmöglich befugt sein, fortwährend noch in vierteljährigen Rechnungsabschlüssen Zinsen und Provision zu berechnen, wie er dies thut. Kläger bestreitet dies daher mit Recht und es haben vom Januar 1860 an keine weiteren Provisions- und Zinsansätze mit vierteljährigen Abschlüssen stattzufinden.

11. Wenn Kläger auch die Berechnung von 6% Zinsen auf 5% herabgesetzt verlangt, so verlangt er dies einestheils selbst nur von der eben besprochenen Zeit an, wofür schon das unter 10 Bemerkte genügt und anderntheils überhebt § 11 Ref. II, Tit. 11, welcher die Rückforderung des freiwillig bereits bezahlten sechsten Zinsguldens verbietet, für die frühere Zeit eines Weiteren.

12. Von Anlage F erkennt Kläger nur die beiden Posten für Lotterie vom 15. November 1860 und 30. April 1861 zu je fl. 21 zu seinen Lasten an, während andererseits Beklagter nach dem Vorbemerkten zur Belastung Klägers mit den sonstigen Sollposten unbefugt erscheint und die Aufbringung des beginnenden Saldovortrags von dem gesammten übrigen Rechnungsverhältniß abhängig ist.

13. Die dem Kläger in dem verworfenen Separatconto gutgebrachten Posten von fl. 4000 und fl. 2000 für die Dr. Beil'schen und Krug'schen Insätze, sowie die fl. 520 für die Kleeblatt'schen

Eingang sammt einem entsprechenden Zinsposten bleiben selbstverständlich dem Kläger anderweit gut zu bringen.

14. Der Antrag auf Herbeigabe sämmtlicher Contocorrente fand inzwischen von selbst seine Erledigung.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Widerkläger wird mit dem Widerklageposten von fl. 524. 19 kr. aus [8] und von fl. 2000 sammt Zinsen ab und zur Ruhe verwiesen.

II. Beklagter ist verurtheilt, dem Kläger 13 Frankfurter Bankactien und 10 Hanauer Eisenbahnactien sammt den entsprechenden Dividenden gegen Empfang seines etwaigen Guthabens herauszugeben, er wollte und könnte denn, Gegenbeweis vorbehältlich, darthun:

daß Kläger ihn zur Veräußerung dieser Actien vorher ermächtigt gehabt habe.

III. Beklagter ist nicht befugt, vom 31. März 1859 ab einschließlich, dem Kläger noch statt vierteljährlicher Provision zu $\frac{1}{3}$ % vierteljährlich $\frac{1}{2}$ % zu berechnen; vom 1. October 1860 an aber hat Beklagter überhaupt dem Kläger weder fernere Contocorrente zu stellen, noch weitere Provision zu belasten.

IV. Beklagter hat binnen 14 Tagen über sein gesammtes Rechnungsverhältniß zu Kläger ordnungsmäßige Rechnung unter Berücksichtigung des unter I und III Verfügten, sowie nach Maßgabe der obigen Entscheidungsgründe zu stellen, und zwar unter dem Rechtsnachtheile, daß er sonst zu sofortiger Herauszahlung des etwaigen, alsdann vom Kläger selbst nachzuweisenden klägerischen Guthabens sammt den entsprechenden Zinsen angehalten werde.

V. Erbringt Beklagter den ihm unter II nachgelassenen Beweis nicht, so hat er dem Kläger auch die Kosten des durch Urtheil vom 18. October 1861 erledigten Zwischenverfahrens zu erstatten.

VI. Weitere Verfügung in der Hauptsache, sowie der Kosten wegen bleibt vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 24. September 1862.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers.

Der Beklagte und Widerkläger hat seine Beschwerden gegen die Abschnitte I, II, III, IV und V im Erkenntnisse des Stadt-Gerichts vom 16. April 1862 gerichtet.

Zu Abschnitt I beschwert er sich über die Verwerfung seines Entschädigungsanspruchs von fl. 2000, sowie des Postens von fl. 524 19 kr. und beantragt, ihm beide Posten, eventuell den zweiten nach vorgängigem Beweise, zuzuerkennen. Wegen Ungrunds des Entschädigungsanspruchs von fl. 2000 genügt es, auf die Ausführungen unter Nr. 8 der Entscheidungsgründe des Stadtgerichts hinzuweisen. Auch der Posten von fl. 524. 19 kr., richtiger fl. 6974, indem die fl. 524. 19 kr. nur den Saldo des Contocorrents bilden, welcher den erwähnten größeren Posten enthält — ist dem Beklagten und Widerkläger weder sofort noch nach vorgängigem Beweise zuzuerkennen, da es diesem Posten an der genügenden Begründung fehlt. Den desfallsigen Ausführungen unter Nr. 7 der Entscheidungsgründe des Stadtgerichts kann noch Folgendes hinzugefügt werden. Aus Mittheilungen, die ein Geschäftsfreund dem anderen über seine vorgenommenen Geschäftsmanipulationen macht und aus Billigungen, die der andere hierüber zu erkennen gibt, erwachsen dem Letzteren an und für sich noch keine Verbindlichkeiten. Der Beklagte und Widerkläger hat laut S. 22 der Vernehmlassung und S. 25 der Schlußerklärung mehr nicht behauptet, als daß er nach dem Verkauf von ihm gehörigen Wiener Bankactien und österreichischen Staatsbahn-Actien und nach dem späteren Wiederankauf gleichartiger Papiere dem Kläger und Widerbeklagten hiervon Mittheilung gemacht und daß dieser den Verkauf und Wiederankauf gebilligt habe. Diese Billigung würde schon darin ihre genügende Erklärung finden, daß Beklagter und Widerkläger seiner Darstellung zufolge seine Papiere zu einer Zeit verkauft hätte, wo sie schlecht standen und noch mehr zu sinken drohten, und daß er sich gleichartige Papiere wieder angekauft hätte, nachdem sich die politischen Verhältnisse geändert und die Course wieder im Steigen begriffen gewesen. Dagegen hat der Beklagte und Widerkläger überall nicht

behauptet, daß er dem Kläger und Widerbeklagten von dem angeblichen Verkauf und späteren Wiederankauf der Papiere zu dem Zweck und unter dem Ansinnen, ihn für die Differenz zwischen dem Verkaufs- und dem späteren Wiederankaufspreise zu belasten, Mittheilung gemacht und daß Kläger und Widerbeklagter die Belastung genehmigt habe.

Von den alternativen Beweisen, zu welchen sich der Beklagte und Widerkläger in dieser Instanz erbietet, würde hiernach der erste unerheblich sein.

Die beantragte zweite Beweisalternative bezweckt, den Beweis der behaupteten Thatsache, daß Koch und sein Schwiegersohn Ludwig zur Zeit, als von Horwitz acceptirte Koch'sche Wechsel einzulösen gewesen und beide Parteien ihre Geldverlegenheiten bekannt haben sollen, gegen Horwitz geäußert hätten: Ergreifen Sie welchen Ausweg Sie wollen, wir stehen für Alles ein. Der Beklagte und Widerkläger vermeint, daß mit diesem Beweise der Beweis seiner Ermächtigung zum Verkauf und späteren Wiederankauf jener Papiere mit Belastung des Koch für die Differenz zwischen dem Verkaufs- und späteren Wiederankaufspreise erbracht sei. Allein hierin kann ihm nicht beigestimmt werden. Die behauptete Erklärung des Koch könnte nur auf die Veräußerung der von ihm in Versatz gegebenen Effecten, nicht aber auf sonstige Operationen des Horwitz bezogen werden, die an und für sich dem Koch völlig fremd und ihm nach der eigenen Darstellung des Horwitz vor ihrem Vollzug nicht einmal angedeutet worden waren. Die beantragte dritte Beweisalternative endlich entbehrt jedes bestimmten thatsächlichen Inhalts.

Unter Abschnitt II des Erkenntnisses des Stadt-Gerichts ist dem Beklagten der Beweis nachgelassen worden, daß Kläger ihn zur Veräußerung seiner Frankfurter Bankactien und Hanauer Eisenbahn-Actien ermächtigt gehabt habe. Der Beklagte hat seine Befugniß zum Verkauf dieser Actien zunächst auf die Behauptung gestützt, daß er nach Uebereinkunft berechtigt gewesen sei, die ihm in Versatz gegebenen Effecten des Klägers zu veräußern, wenn dieser nicht jedesmal vor Verfall der Tratten für Deckung sorge und daß dieser Fall im Jahre 1859 eingetreten sei. Er hat aber auch ferner seine Befugniß zum Verkauf aus der von ihm behaupteten vorerwähnten Aeußerung des Koch hergeleitet. Das Stadtgericht hat nach Inhalt seiner Entschei-

dungsgründe unter Nr. 5 jene behauptete allgemeine Ermächtigung nicht hinreichend gefunden, den einseitigen und formlosen Verkauf der Actien zu rechtfertigen. Dagegen hat das Stadt-Gericht eine Ermächtigung zu solchem Verkauf angenommen, falls Kläger auf des Beklagten Drängen um Deckung im Sommer 1859 erwiedert hätte: Sehen Sie, wie sie sich Geld verschaffen, ergreifen Sie welchen Ausweg Sie nur immer wollen, wir haben kein Geld und stehen für Alles ein. Hiernach ist der dem Beklagten nachgelassene Beweis gehabter Ermächtigung gleichbedeutend mit dem Beweise der vorerwähnten Aeußerung des Koch.

Da der Beklagte aber auch behauptet hat, daß der Verkauf der Koch'schen Actien von Koch demnächst genehmigt worden sei, so ist ihm der alternative Beweis nachgefolgter Genehmigung nicht zu versagen, wogegen der Beweis einer Ermächtigung in Folge Präcedenzfalles schon darum nicht nachgelassen werden kann, weil der angebliche Präcedenzfall ein völlig anderer war. —

Zu Abschnitt III kommt Folgendes in Betracht.

Laut des Koch'schen Schreibens vom 25. August 1857 war ½ % Provision per Quartal vereinbart. In den vier Contocorrenten des Horwitz über den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. December 1859 hatte Horwitz nur ⅓ % Provision per Quartal berechnet. In seinem Schreiben vom 18. Mai 1860 hat er dies als einen Irrthum unter Nachforderung der Differenz berichtigt. Von Seiten des Koch ist das Recht zu dieser Nachforderung mit der Behauptung bestritten, daß zu Ende des Jahres 1858 eine Herabsetzung der Provision auf ⅓ % vereinbart worden sei. Das Stadt-Gericht hat die Behauptung vereinbarter Herabsetzung durch die von Horwitz über den fraglichen Zeitraum ertheilten Contocorrente als sofort erwiesen angenommen. Hierin kann jedoch dem Stadt-Gericht nicht beigestimmt werden. Denn wenn auch die ertheilten Contocorrente für den klägerischen Beweis erheblich sein sollten, so ist doch darüber dermalen vor eingeleiteten ordnungsmäßigen Beweisverfahren und verhandeltem Beweise und Gegenbeweise nicht zu erkennen, zumal in den die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 1860 umfassenden Contocorrenten, welche der Kläger der Aufstellung seiner Schuld in der Klage zu Grund gelegt hat, wieder ½ % Provision berechnet worden

ist, ohne daß er in seiner Aufstellung (in [5]) das Differirende 1/6 in Abzug gebracht hat.

Wegen Ungrundes der weiteren zu dem Abschnitt III erhobenen Beschwerden genügt es, auf die Entscheidungsgründe unter Nr. 10 des Urtheils voriger Instanz Bezug zu nehmen.

Zu Abschnitt IV findet die dem Beklagten daselbst gemachte Auflage anderweiter Rechnungsstellung in den durch das Urtheil als der Abänderung bedürftig bezeichneten Punkten der bisherigen Rechnungsstellung ihre hinreichende Erläuterung und Rechtfertigung.

Zu Abschnitt V beschweren sich beide Theile. Bei Würdigung ihrer Beschwerden kommt Folgendes in Betracht.

In einem durch Stadt-Gerichts-Urtheil vom 18. October 1861 erledigten Zwischenverfahren ist die Entscheidung über die Kosten dieses Zwischenverfahrens dem künftigen Urtheil in der Hauptsache vorbehalten worden. Das vorliegende Urtheil hat das Erkenntniß über die Kosten in der Hauptsache ausgesetzt, dagegen aber nunmehr über die Kosten jenes Zwischenverfahrens in der Weise erkannt, daß Beklagter dieselben für den Fall, daß er den Beweis unter II nicht erbringen würde, dem Kläger ersetzen soll. Beide Theile wenden mit Grund ein, daß zwischen dem erwähnten Beweise und dem Gegenstande jenes Zwischenverfahrens keinerlei Zusammenhang besteht, und verlangen, wiewohl der Kläger nur eventuell, daß das Erkenntniß über die Kosten des Zwischenverfahrens bis zum Erkenntnisse über die Kosten in der Hauptsache ausgesetzt bleibe, was auch allein sowohl der Actenlage wie der Zweckmäßigkeit entspricht.

Aus diesen Gründen wird das Erkenntniß des Stadt-Gerichts vom 16. April 1862 im Uebrigen zwar bestätigt, jedoch in folgenden Punkten abgeändert:

Zu Abschnitt II ist dem Beklagten und Widerkläger der weitere Beweis alternativ gestattet:

oder daß Kläger die Veräußerung dieser Actien nachträglich genehmigt habe.

In Abschnitt III hat der Satz: „Beklagter ist nicht befugt, vom 31. März 1859 ab einschließlich, dem Kläger noch statt vierteljähriger Provision zu 1/3 % vierteljährig 1/2 % zu berechnen,“ wegzufallen, vielmehr wird Beklagter zu solcher Berechnung

für befugt erklärt, es würde denn Kläger innerhalb einer von dem Stadt-Gerichte anzusetzenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darthun:

daß zu Ende des Jahres 1858 die Provision auf 1/8 % vierteljährig durch Uebereinkunft herabgesetzt worden sei.

Abschnitt V hat wegzufallen und bleibt das Erkenntniß über die Kosten des Zwischenverfahrens bis zum Erkenntniß über die Kosten in der Hauptsache noch ausgesetzt.

Von den Kosten dieser Instanz hat Beklagter dem Kläger die Hälfte zu erstatten, im Uebrigen werden dieselben verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 5. Januar 1864.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Apellationen für gewahrt zu erachten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellations-Gerichts der freien Stadt Frankfurt vom 24. September 1862, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern sei, daß der Beklagte, Widerkläger

1. mit der auf Grund des klägerischen Schreibens vom 25. August 1857 geltend gemachten Forderung von fl. 2000 für Provision (Stadtgerichts-Erkenntniß vom 26. April Nr. 1 des Decisums), so weit sie in Beziehung auf den Zeitraum vom 25. April 1857 bis zum 30. September 1860 erhoben worden ist, nur angebrachtermaßen abzuweisen,
2. die zufolge des vorgedachten Stadtgerichts-Erkenntnisses (Nr. 4 des Decisums) beizubringende Abrechnung erst nach Beendigung der durch jenes Erkenntniß und dasjenige des Appellationsgerichts vom 24. September 1862 angeordneten Beweisführungen vorzulegen schuldig sei.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, jedoch hat von der Urtheilsgebühr von fünf und sechszig Mark der Kläger nur fünf Mark, der Beklagte sechszig Mark zu tragen, und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Anlangend:

I. Die Beschwerden des Beklagten, Widerklägers und zwar:

1. Die erste Beschwerde desselben, welche gegen die von den vorigen Richtern ausgesprochene Verwerfung der beklagtischen Forderung von fl. 2000 für Provision gerichtet ist, so war derselben in einem freilich nur beschränkten Umfange zu entsprechen.

Der Beklagte hat die in Rede stehende Forderung darauf gestützt, daß sich der Kläger mittelst des Schreibens vom 25. August 1857 [14] gegen ihn dazu anheischig gemacht, alle seine Geldumsätze ohne Ausnahme durch seine, des Beklagten, Hände gehen zu lassen, und diesem, welcher von dem Kläger auf den Betrag der für ihn ein- und ausgehenden Gelder eine Provision von ½ % zu berechnen befugt gewesen sei, in Zukunft größere Vortheile als die bis dahin bezogenen, zuzuwenden. Diese Verpflichtung sei von dem Kläger unerfüllt gelassen. Der Beklagte schlage den wöchentlichen Umsatz des Klägers auf fl. 2000, also den Jahresumsatz auf ca. fl. 100,000 an, so daß der Beklagte im Falle pflichtmäßiger klägerischer Contracts-Erfüllung einen jährlichen Provisions-Betrag von fl. 500 zu beziehen gehabt haben würde. Von dem Tage der Uebernahme jener Verbindlichkeit (25. August 1857) bis zu dem Zeitpunkt der angestellten Widerklage (19. September 1861) seien vier Jahre verflossen, so daß der Beklagte 4 mal fl. 500 oder fl. 2000 in Anspruch zu nehmen berechtigt sei.

Der Kläger hat freilich die Uebernahme der in Rede stehenden Verbindlichkeit zugestanden, gleichwohl der beklagtischen Forderung eine Reihe von Einwendungen entgegengesetzt.

a) Der Kläger sei zur Unterzeichnung des Schreibens [14] durch Ueberredung von Seiten des Beklagten verleitet worden.

b) Der Beklagte habe, als er mit dem Kläger über die Eingehung der in Rede stehenden Verpflichtung sich unterredete, erklärt, es solle damit nicht streng genommen werden.

c) Die Verpflichtung sei erfüllt und als erfüllt vom Beklagten anerkannt. Der Kläger habe sehr bedeutende Summen in den auf den Monat August 1857 folgenden Zeitabschnitten durch des Beklagten

Hände gehen lassen. Der Beklagte habe diesen Umsatz als einen contractmäßigen behandelt, vorbehaltlos Contocorrente gegeben, die Saldi gezogen und die hieraus sich ergebenden Provisionsposten berechnet.

d) Im Sommer 1859 habe der Beklagte Verminderung des dem Kläger zu gewährenden Credits beantragt. Dadurch habe er die Grundlage des Geschäfts verändert und sich des Rechtes auf den ferneren Bezug der Provision begeben.

e) Im April 1860 sei das Rechnungsverhältniß zwischen den beiden Parteien ganz abgebrochen. Länger als über die Dauer desselben hinaus habe selbstverständlich die Verpflichtung des Klägers, seine Geldumsätze durch des Beklagten Hände gehen zu lassen und hierauf Provision zu zahlen, keinen Bestand haben können.

f) Die Angaben des Beklagten über einen jährlich anzunehmenden Umsatz von fl. 100,000 seien so allgemein und unsubstanziirt, daß auf den in Rede stehenden Antrag überhaupt nicht eingegangen werden könne.

Endlich hat der Kläger im Zusammenhange mit der unter c angeführten Aufstellung die Exceptio doli geltend gemacht, indem der Beklagte die in dem Schreiben [14] enthaltene Zusage, über deren Nichterfüllung er sich früher niemals beschwert habe, nicht nach völliger Erledigung des Geschäfts-Verkehrs im Prozesse geltend machen könne.

Die früheren Richter haben den Beklagten mit der hier in Rede stehenden Forderung gänzlich abgewiesen, weil aus den bei den Acten befindlichen Briefen und Contocorrenten des Beklagten erhelle, daß derselbe wirklich, wie der Kläger angebe, die Geldbeträge, welche dieser durch seine, des Beklagten, Hände habe gehen lassen, in einer Reihe aufeinander folgender Contocorrente gebucht und sich von denselben vorbehaltlos die Provision berechnet habe, so daß die Leistungen des Klägers in Beziehung auf die Zusage in Act. [14] als in dem Maße, wie sie ausgeführt worden, genehmigt gelten müßten. Zugleich ist darauf hingewiesen worden, daß eine buchstäbliche Einhaltung der übernommenen Verbindlichkeit weder denkbar gewesen sei, noch habe beabsichtigt sein können, ferner, daß keinenfalls der Verbindlichkeit auf eine unbeschränkte Zeit Wirkung beizulegen gewesen sei.

Dem Beklagten, welcher über diese Entscheidung Beschwerde führt,

war insofern beizutreten, als ohne genügenden Grund ein Verzicht desselben auf eine vollständige Erfüllung der aus der fraglichen Zusage ihm an den Kläger zustehenden Ansprüche in der Ertheilung der Contocorrente und in der vorbehaltlosen Saldoziehung abgeleitet worden ist. Zwar hat es seine Richtigkeit, daß in den auf den August 1857 folgenden Zeitabschnitten ansehnliche Beträge für Rechnung des Klägers an den Beklagten und von demselben gezahlt worden sind, so daß der Beklagte sich bei den Vierteljahresabschlüssen auf September und December 1857, März, Juni, September und December 1858 fl. 225. 13 kr., fl. 258. 20 kr., fl. 198. 7 kr., fl. 247. 24 kr., fl. 224, 51 kr., und fl. 312. 36 kr., zusammen fl. 1466. 31 kr. oder per Jahr fl. 977. 40 kr. an Procenten berechnen konnte und berechnet hat; allein eine Erklärung, daß für den Fall, wenn der Kläger einen erheblichen Theil seiner Geldumsätze dem beklagtischen Geschäfte entzogen haben sollte, er, Beklagter, dies gut heiße und auf die Provisionsforderung hierfür verzichte, kann darin nicht gefunden werden. Ein Anderes würde es sein, wenn der Beklagte den bei ihm vorgekommenen klägerischen Geldumsatz als den vertragsmäßig ihm zuzuwendenden ausdrücklich oder durch concludente Handlungen anerkannt oder denselben längere Zeit hindurch als die Erfüllung der aus dem Schreiben [14] resultirenden Verbindlichkeit des Klägers entgegengenommen hätte. Allein hiervon enthalten die klägerischen Ausführungen und die sonstigen Actentheile nichts.

Von den übrigen klägerischen Einwendungen waren die oben unter e und f aufgeführten für begründet zu achten und, da sie zur Abweisung des beklagtischen Anspruches, resp. definitiv und angebrachtermaßen führten, so bedurfte es eines Eingehens auf diejenigen unter a, b und d nicht.

Der Einwendung unter e war die Wirkung beizulegen, den Beklagten mit seiner Forderung, so weit sie für die Zeit nach dem 30. September 1860 geltend gemacht worden ist, gänzlich abzuweisen, also in Betreff dieses späteren Zeitraums die Entscheidung der früheren Richter zu bestätigen. Freilich hat der Kläger verlangt, daß schon mit dem 12. April 1860 das Rechnungsverhältniß zwischen ihm und dem Beklagten als abgebrochen und folglich auch das Recht des Beklagten auf Zuwendung des Geldumsatzes als beendigt behandelt werde,

weil an diesem Tage zum letzten Male dem Kläger ein aus dem Umsatz herrührender Posten debitirt worden sei; allein das Contocorrent-Verhältniß ist durch Rechnungs-Ertheilung von Seiten des Beklagten und Entgegennahme der Rechnung von Seiten des Klägers noch bis zum 30. September 1860 fortgesetzt worden, so daß erst mit dem letzteren Zeitpunkte das Recht des Klägers, Provision in Anspruch zu nehmen, als erloschen angesehen werden kann.

Anlangend sodann den Theil der Provisions-Forderung, welche für die Zeit vom 25. August 1857 bis zum 30. September 1860 geltend gemacht worden ist, so konnte der Beklagte mit dem hierauf gerichteten Anspruche in dem vorliegenden Prozesse nicht gehört werden, weil der bezügliche Antrag der erforderlichen näheren Substanziirung entbehrt. Der Beklagte hat es an einer Angabe darüber fehlen lassen, welche Eingänge und Zahlungen, und zwar zu welchen Beträgen, es gewesen sind, welche der Kläger an und resp. durch ihn, den Beklagten, hätte machen lassen müssen. Einer solchen Angabe in Betreff der Summen, wenigstens in annähernder Größebezeichnung, hätte es hier insbesondere aus dem Grunde bedurft, weil wirklich, wie schon oben bemerkt worden ist, der Kläger ansehnliche Beträge durch des Beklagten Rechnung hat gehen lassen, so daß es darauf angekommen wäre, auf welche Arten von Eingängen und Zahlungen außer jenen Beträgen der Beklagte Anspruch mache.

Hiernach war der Beklagte mit dem vorgedachten Theil der Provisions-Forderung (August 1857 bis ultimo September 1860) angebrachtermaßen abzuweisen und also die bezügliche Entscheidung der vorigen Richter dahin abzuändern, daß die gänzliche Abweisung des vorbezeichneten Anspruches in Betreff dieses Theils in Wegfall komme.

2. Die zweite Beschwerde des Beklagten ist gegen die von den früheren Richtern ausgesprochene Verwerfung der widerklagend erhobenen Forderung von fl. 524. 19 kr., richtiger fl. 6974, wegen des dem Kläger zur Last zu bringenden Verlustes bei dem vom Beklagten behaupteten Verkauf- und Wiederankauf österreichischer Bank- und Eisenbahn-Actien gerichtet.

Der Beklagte hat zur Begründung dieser Forderung angeführt, der Kläger sei während der zwischen demselben und ihm bestehenden Geschäftsverbindung zu öfteren Malen in Geldbedrängniß gewesen, so

daß dessen finanzielle Existenz nur durch des Beklagten guten Willen, nicht ohne eigene Opfer von seiner Seite, habe bewahrt werden können. Auch gegen ihn, den Beklagten, sei der Kläger nicht selten mit der Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten im Rückstande gewesen, die Deckung der von ihm oder für seine Rechnung auf den Beklagten gezogenen Wechsel, wie dies ihm obgelegen habe, vor Verfall anzuschaffen. Vom Beklagten bei Gelegenheit dieser Fälle — im Sommer 1859 — gedrängt, habe der Kläger erwidert:

> „Sehen Sie, wie Sie sich Geld verschaffen, ergreifen Sie welchen Ausweg Sie nur immer wollen. Wir (der Kläger und dessen in dem Geschäft mitwirkender Schwiegersohn Ludwig) haben kein Geld und stehen für Alles."

Hiernach habe der Beklagte klägerische, unterpfandweise in seinem Besitz befindliche Werthpapiere verkauft (ein Umstand, welcher einen anderen in gegenwärtiger Instanz nicht in Betracht kommenden Streitpunkt zwischen den Parteien bildet). Das Verkaufergebniß habe jedoch nicht ausgereicht, um die nöthigen Gelder disponibel zu machen und der Kläger und Ludwig seien von Neuem aufgefordert, Rath zu schaffen. Ludwig habe hierauf erklärt:

> „Seine Schritte seien erfolglos gewesen; wenn Beklagter die Accepte nicht honoriren könne, so würde (aus dem auf den Beklagten gezogenen Wechsel) gegen den Kläger und ihn Regreß genommen werden und dann sei es aus. Er (Ludwig) und der Kläger wollten keine Opfer scheuen; allein Alles sei umsonst.

Unter diesen Umständen habe der Beklagte sich veranlaßt gesehen, ihm gehörige Werthpapiere zum Tagescours zu verkaufen, nämlich am 14., 18. und 24. Mai 1859 10 Wiener Bank-Actien und 30 österreichische Eisenbahn-Actien, zusammen zu fl. 10,176. Damals sei der Cours wegen der politischen Verhältnisse ein schlechter gewesen. Als er die Papiere (oder doch Papiere gleicher Art und Anzahl) wieder angekauft habe, im Juli 1859, sei der Cours so gestiegen gewesen, daß er fl. 17,150 dafür habe zahlen müssen und folglich ein Verlust von fl. 6974 eingetreten sei, welcher dem Kläger zur Last gebracht werden müsse. Vorsorglich behauptete der Beklagte, daß Kläger um den Verkauf und Wiederankauf gewußt habe, daß er von

denselben in Kenntniß gesetzt worden sei und den Verkauf und Wiederankauf gebilligt habe. In der Duplik (Replik) hat der Beklagte näher angegeben, „der Kläger sei bald nach dem Abschluß des Verkaufs und Wiederankaufs davon in Kenntniß gesetzt worden.“

Die bezügliche Verpflichtung des Klägers hat der Beklagte folgendermaßen zu begründen versucht:

a) Der Verkauf und Wiederankauf der fraglichen Werthpapiere sei durch des Klägers Schuld veranlaßt worden;

b) der Beklagte sei durch die Unterredung mit dem Kläger und Ludwig, in welcher dieselben erklärten: „Ergreifen Sie welchen Ausweg Sie wollen, wir stehen für Alles,“ zum Verkauf und Wiederankauf ermächtigt worden;

c) der Beklagte habe den Kläger von dem Verkauf und Wiederankauf der fraglichen Papiere benachrichtigt und der Kläger habe solchen Verkauf und Wiederankauf genehmigt.

Der Kläger hat die auf den hier besprochenen Punkt bezüglichen thatsächlichen Angaben des Beklagten in allen Theilen geleugnet, die rechtliche Begründung des beklagtischen Antrages bestritten und in Betreff des Vorbringens von der seinerseits ertheilten Genehmigung bemerkt, daß die bloße Anführung des Klägers, „der Beklagte sei von dem Verkauf und Wiederankauf in Kenntniß gesetzt worden und habe dieselben gebilligt“, so allgemein und vieldeutig sei, daß bei dem Mangel einer ausdrücklichen Behauptung und näheren Substanziirung des Umstandes, daß der Beklagte den Verkauf und Wiederankauf als für seine Rechnung geschehen anerkannt habe, dem in Rede stehenden Vorbringen keine Folge gegeben werden kann.

Die früheren Richter sind den klägerischen Anträgen beigetreten und haben den Beklagten in dem fraglichen Anspruche abgewiesen.

Wenn derselbe hiergegen Beschwerde führt und principaliter beantragt, daß die in Rede stehende Forderung sofort hätte anerkannt und der Kläger in deren Belauf verurtheilt werden müssen, so liegt die Grundlosigkeit dieses Verlangens ohne Weiteres zu Tage. Denn, wie auch in Betreff der rechtlichen Begründung des beklagtischen Verlangens zu erkennen sein möchte, von einer sofortigen Sachfälligkeit des Klägers in Betreff des fraglichen Anspruches könnte schon deshalb

nicht die Rede sein, weil alle thatsächlichen Umstände, auf welche der Beklagte sich stützt, bestritten sind und jedenfalls erst des Beweises bedürfen werden.

Eventualiter verlangt der Beklagte, daß er zu dem Beweise der oben unter a bis c aufgeführten, alternativ zu berücksichtigenden Umstände zuzulassen sei. — Abgesehen indessen davon, daß der Beklagte jedenfalls auch die factischen Umstände des Verkaufs und Wiederankaufs beweisen müßte, kann seinem Verlangen nicht entsprochen werden.

Anlangend

a) den vom Beklagten angebotenen Beweis des Umstandes,
daß der Verkauf und Wiederankauf der fraglichen Papiere durch die Schuld des Klägers verursacht worden sei,

so stellt der Beklagte hierbei die Ansicht auf, daß der Kläger, wenn er, wie nach des Beklagten Behauptung der Fall gewesen, mit der Deckung der auf ihn, den Beklagten, gezogenen Wechsel vor Verfall ausgeblieben sei, ohne Weiteres — nämlich ohne eine deshalb geschlossene Vereinbarung oder besondere Uebernahme — die Verbindlichkeit gehabt habe, die Opfer zu übernehmen, welche der Beklagte, falls dieser keine disponiblen Mittel zur Einlösung seiner Accepte gehabt, zu dem Zwecke habe bringen müssen, um das nöthige Geld zu erlangen. Hierbei tritt jedoch der Beklagte mit Demjenigen in Widerspruch, was nach dem Sinne des contractlichen Verhältnisses zwischen dem Banquier und den Kunden, welchen derselbe Blanco-Credit gewährt, als rechtlich bestehend anzunehmen ist. Der Zweck dieses Verhältnisses besteht darin, den Kunden durch den Credit und die Geldmittel des Banquiers die Sicherheit zu gewähren, in Beziehung zu den dritten Personen, gegen welche der Banquier durch Accept intercedirt, völlig entlastet zu werden. Dies geschieht selbstverständlich nicht schon durch die alleinige Acceptation der von den Kunden oder für deren Rechnung gezogenen Wechsel, sondern nur durch Acception und nachfolgende Einlösung der Accepte. Die Einlösung ist die Sache des Banquiers, welcher seine eigene Verbindlichkeit dadurch erfüllt; er hat die dazu nöthigen Geldmittel in Bereitschaft zu halten, ohne sich ausschließlich auf die bezüglichen Deckungen seiner Kunden verlassen zu dürfen. Gegen diese hat er ein gewöhnliches Forderungsrecht auf die Deckung, keineswegs

ein in solcher Weise qualificirtes, daß der resp. Kunde sich um den Kassenbestand des Banquiers zu kümmern hätte und schadenspflichtig würde, wenn der Banquier schlecht bei Kasse und ohne die Deckung nur mittelst außerordentlicher Opfer im Stande sein sollte, die Wechselaccepte einzulösen. Der Ersatz solcher Opfer würde den Kunden nur dann treffen können, wenn er zu denselben sich besonders verpflichtet hätte.

Abgesehen von dem Vorstehenden, müßte übrigens die beklagtische Beschwerde in deren hier besprochener Richtung auch deshalb verworfen werden, weil bei zu Grundelegung der Angaben des Beklagten ein in der Differenz zwischen dem Verkaufs- und Wiederankaufs-Preise liegender Verlust, welcher als eine Folge der klägerischen Zahlungssäumigkeit anzusehen wäre, nicht angenommen werden könnte. Der Beklagte setzt seinen Verlust nicht in das Ergebniß des Verkaufes der Papiere, sondern in die Thatsache des zu einem bedeutend ungünstigeren Course geschlossenen Wiederankaufs. Dieser letztere war aber keineswegs ein Act der Nothwendigkeit, vielmehr ein neues beklagtisches Geschäft, welches vom Beklagten nach Belieben unterlassen oder unternommen und, wenn unternommen, früher oder später ausgeführt werden konnte, ohne daß dies mit dem klägerischen Verzuge in der Beschaffung der Deckung im Zusammenhange gestanden hätte.

Bei der Beweisalternative

b) daß der Beklagte durch die Unterredung mit dem Kläger und dessen Schwiegersohn Ludwig, in welcher dieselben erklärten: „Ergreifen Sie welchen Ausweg Sie wollen, wir stehen für Alles," zum Verkauf und Wiederankauf der fraglichen Papiere ermächtigt worden sei,

würde jedenfalls von Demjenigen abzusehen sein, was Ludwig gesagt haben soll. Denn die Verbindlichkeit der Ludwig'schen Erklärungen für den Kläger, welche von diesem geleugnet wird, ist von dem Beklagten weder bewiesen, noch auch substanziirt. Allein es kommt auf diesen Punkt nicht an, weil das Verlangen des Beklagten, zum Beweis des in Rede stehenden Alternativsatzes zugelassen zu werden, überhaupt verwerflich ist. Denn wenngleich der Beklagte sich vielleicht hätte berechtigt halten dürfen, in der angegebenen Aeußerung eine Erklärung des Klägers zu finden, die mit einem Verkauf von Werth-

gegenständen verbundenen Opfer sich zur Last bringen zu lassen, so hätte doch aus den zu a angegebenen Gründen der Wiederankauf, als in den Bereich jener Erklärung einbegriffen, nicht angesehen werden können.

Was endlich den Alternativsatz anlangt,

c) daß der Beklagte den Kläger von dem Verkauf und Wiederankauf der fraglichen Papiere benachrichtigt und der Kläger dieselben genehmigt habe,

so könnte es keinem Zweifel unterliegen, daß eine von dem Kläger ausgegangene bestimmte Erklärung den fraglichen Verkauf und späteren Wiederankauf in der Weise als für seine Rechnung geschehen gelten lassen zu wollen, daß ihm die bei dem Wiederankaufe entstandene Mehrausgabe zur Last zu bringen sei, ihn, den Kläger, dazu verpflichten würde, die Differenz dem Beklagten zu ersetzen, und zwar gleichviel, ob der Wiederankauf als in einem inneren und nothwendigen Zusammenhang mit dem Verkauf stehend anzusehen gewesen sein sollte oder nicht. Die Uebernahme des Verlustes Seitens des Klägers hätte alle solche Mängel geheilt.

Es kommt hiernach darauf an, ob der Beklagte genügende factische Behauptungen in der vorbesprochenen Richtung vorgebracht hat, um zum Beweise derselben zugelassen werden zu können. — Jene Behauptungen bestehen nun aber nur in dem schon oben angeführten Satze (Vernehmlassung resp. Widerklage S. 21 und 22, Duplik resp. Replik S. 25) „der Kläger habe um den Verkauf und Erkauf gewußt; er sei davon bald nach dem Abschluß auch in Kenntniß gesetzt worden und habe denselben gebilligt.

Um dem Kläger die Tragung der Differenz (von circa fl. 7000) zur Last bringen zu können, mußte der Beklagte eine Erklärung desselben erwirken: entweder vor dem Verkauf und Wiederankauf, daß er, Kläger, damit einverstanden sei, wenn der Beklagte die qu. Papiere für seine, des Klägers, Rechnung verkaufe und später zu einem ihm, dem Beklagten, angemessen erscheinenden Zeitpunkt wieder ankaufe; oder später, daß er, Kläger, den bis dahin nicht für seine Rechnung ausgeführten Verkauf und Wiederankauf als zu seinen Lasten geschehen gelten lassen, also den Ausfall, welcher sich (zum

Betrage von ca. fl. 7000) ergeben habe, tragen wolle. — Von einer im Voraus ertheilten Erklärung des Klägers enthalten nun die beklagtischen Angaben nichts. Nur nach dem Verkauf und Wiederankauf soll der Beklagte von dieser Thatsache in Kenntniß gesetzt worden sein und dieselben „gebilligt haben." Mit Recht haben aber die vorigen Richter angenommen, daß die Behauptung des bloßen Billigens hier nicht ausreiche. Denn die Billigung des Verhaltens eines Anderen kann ebensowohl in der Anerkennung der Angemessenheit solcher Handlungen desselben bestehen, welche dieser für sich selbst vorgenommen, als in der Genehmigung von Acten, welche derselbe für den die Billigung Aussprechenden zur Ausführung gebracht hat. Und hier war zufolge des Obigen die Sachlage nicht die, daß der Beklagte schon bei dem Verkauf und Wiederankauf der qu. Papiere als Mandator oder als Geschäftsführer des Klägers oder in sonstiger Weise für dessen Rechnung gehandelt hätte, so daß also die Behauptung der „Billigung" nicht, wenigstens nicht mit Sicherheit, in dem hier in Betracht kommenden Sinne der Anerkennung zu eigenen Lasten verstanden werden kann.

Dem jetzt in Frage stehenden Antrage des Beklagten hätte man in dem Falle vielleicht beitreten können, wenn der Beklagte dem mehrdeutigen Ausdruck „billigen" später, wenngleich erst in der höheren Instanz mit Bestimmtheit den Sinn beigelegt hätte, daß der Kläger Verkauf und Wiederankauf als zu seinen Lasten geschehen, bestimmt anerkannt habe, und wenn demzufolge das Beweis-Anerbieten des Beklagten auf eine solche Erklärung des Klägers gerichtet worden wäre. Auch hätte der Beklagte zu einer derartigen, mindestens in jetziger Instanz abzugebenden bestimmten Aeußerung eine um so dringendere Veranlassung gehabt, als das Appellationsgericht in den Motiven zu dem angefochtenen Erkenntnisse bemerkt hat: „der Beklagte habe überall nicht behauptet, daß er den Kläger von dem angeblichen Verkauf und späteren Wiederankauf der Papiere zu dem Zwecke und unter dem Ansinnen, ihn für die Differenz zu belasten, Mittheilung gemacht und daß der Kläger diese Belastung genehmigt habe! An einer solchen Erklärung des Beklagten fehlt es auch in gegenwärtiger Instanz. Der Beklagte will der angeblichen Anzeige und Billigung nur „im Zusammenhange mit

den (zu b berührten) Aeußerungen des Klägers und Ludwig's" die erforderliche Relevanz beilegen. Allein selbst wenn jene Aeußerungen — die dann jedenfalls mit bewiesen werden müßten — gemacht wären, würde dennoch eine bloße, nach der Anzeige vom Verkauf und Wiederankauf vom Kläger ausgesprochene im Allgemeinen billigende Erklärung nicht auch nur mit einiger Sicherheit auf die Absicht desselben, sich in der hier in Betracht kommenden Weise zu obligiren, schließen lassen, indem die Annahme nicht genügend begründet sein würde, daß der Kläger bei seiner billigenden Erklärung sich der in Rede stehenden, mehrere Monate vorher gemachten, damals ganz allgemein gehaltenen Aeußerung bewußt gewesen sei und sie als mit der nunmehrigen Kundgebung zusammengehörig betrachtet habe.

Diese Auffassung hat um so mehr Grund für sich, als die Wahrscheinlichkeit im hohen Grade dagegen spricht, daß der Kläger ohne Widerspruch und ohne auch nur Bedenken zu äußern, einen an sich ihm nicht zur Last kommenden bedeutenden Verlust (von ca. fl. 7000) übernommen haben werde, so daß nur einer von ihm abgegebenen bestimmten und unzweideutigen Erklärung diese Absicht beigelegt werden könnte, und folglich der Beklagte eine Erklärung dieser Art hätte behaupten müssen, was, wie im Obigen bemerkt worden, nicht geschehen ist.

Hiernach war die zweite Beschwerde zu verwerfen.

3. Die Verwerflichkeit der dritten Beschwerde des Beklagten, daß ihm nicht bezüglich der in den Acten berührten, von ihm verkauften 13 Frankfurter Bank-Actien des Klägers der Beweis nachgelassen worden sei, zwischen den Parteien sei die Vereinbarung getroffen, daß bei einem dereinstigen Verkauf dieser Actien er die Hälfte des darauf zu erlangenden Profits beziehen solle,

unterlag keinem Zweifel. Der Beklagte hat freilich in der Vernehmlassung beiläufig angeführt, ihm sei vom Kläger als Provision für die Leistung der Einzahlung auf jene 13 Actien für den Fall deren dereinstigen Verkaufs die Hälfte des zu erlangenden Profits zugesichert, allein er hat dieser Anführung keine weitere Folge gegeben. Es ist keine Angabe über die Größe des Profits gemacht, noch auch ein Antrag gestellt, den Kläger zur Vergütung des halben Profits für schuldig zu erklären. Ebensowenig ist dem Kläger in den vom

Beklagten ihm ertheilten Contocorrenten ein Beitrag für den halben Profit zur Last gebracht. Das Stadtgericht berührte den hier besprochenen Gegenstand in seinem Erkenntnisse vom 16. April 1860 nicht. Ebensowenig stellte der Beklagte in Betreff desselben eine Beschwerde bei dem Appellationsgerichte. Hieraus ergibt sich ohne Weiteres die Unzulässigkeit einer diesen Punkt betreffenden Beschwerde in jetziger Instanz.

4. Die vierte beklagtische Beschwerde betrifft die vom Stadtgericht getroffene und vom Appellationsgerichte bestätigte Bestimmung:

> daß der Beklagte die Contocorrent-Berechnung mit vierteljährlichen Abschlüssen und entsprechender Zinsbelastung des Klägers zu 6 % nicht über den 1. October 1860 beizubehalten, auch den Kläger nicht weiter mit der vereinbarten Provision zu debitiren habe.

Der Beklagte beansprucht das Recht, die Bedingungen des Geldumsatzes — also vierteljährliche Saldozinsung, unter Belastung des Klägers mit 6 % Provision, vom Saldo sowohl als vom ganzen „Debet" [14] — bis zur schließlichen Feststellung und Ausgleichung des Rechnungsverhältnisses beibehalten zu dürfen. Allein ohne Grund; wie in besonderer Beziehung auf die Provision schon oben zur ersten Beschwerde ausgeführt worden ist. Was aber von dieser gilt, das findet gleichmäßig auch auf den außerordentlichen Zinsfuß von 6 % Anwendung, welcher zugleich mit der Provision für die Dauer des Geldumsatzes vereinbart ist und deshalb mit dem Ende des letzteren durch den gewöhnlichen Zinsfuß von 5 % ersetzt werden muß. Daß der Geldumsatz factisch schon im April 1860 aufgehört hat, ist eben zur zweiten Beschwerde bereits bemerkt worden. Uebrigens ist nach den Acten auch anzunehmen, daß eine ausdrückliche Kündigung des Verhältnisses in der ersten Hälfte des Jahres 1860 stattgefunden hat. Denn der Beklagte hat die in der Klagschrift enthaltene Angabe des Klägers, derselbe habe sich nach Empfang der Abrechnung (Januar bis März 1860) entschlossen, die Geschäftsverbindung aufzuheben, und nun von dem Beklagten eine ordnungsmäßige Abrechnung verlangt, indem er sich bereit erklärte, den dem Beklagten zukommenden Saldo gegen Auslieferung der ihm gebührenden Werthpapiere sofort zu berichtigen, excipiendo unbestritten gelassen, so daß

sie als zugestanden angesehen werden muß. Wenn gleichwohl die vorigen Richter die Fortdauer der Bedingungen des Vorschuß- und Umsatz-Verhältnisses noch bis zum 30. September 1860 angenommen haben, so findet dies seinen Grund, wie schon bemerkt, in der klägerischen Annahme einer bis dahin reichenden Rechnung des Beklagten.

5. Endlich beschwert sich der Beklagte darüber, daß die früheren Richter ihn dazu verpflichtet haben,

> „binnen 14 Tagen über sein gesammtes Rechnungsverhältniß zum Kläger ordnungsmäßige Rechnung, unter Berücksichtigung der in dem gegenwärtigen Prozesse erfolgten Feststellungen, zu ertheilen; unter dem Rechtsnachtheil, daß er sonst zur sofortigen Herauszahlung des etwaigen, dann vom Kläger selbst nachzuweisenden Guthabens sammt den entsprechenden Zinsen werde angehalten werden.“

Auch diese Beschwerde mußte indessen für unbegründet geachtet werden. Im Laufe der Verhandlungen hat der Kläger einen großen Theil der ihm zugestellten Contocorrente des Beklagten zu den Acten gebracht, 1851 September bis December, 1857 Juli, 1858 December, 1859 April bis September, 1860 Januar bis September. Wenngleich hiernach, mit dem Beklagten, anzunehmen ist, daß der Kläger wirklich, wie jener behauptet, regelmäßig und vollständig Abrechnung bis zum Zeitpunkte des Prozeßanfanges erhalten hat, so wird doch dadurch die vom Beklagten gegenwärtig angefochtene ihm von den früheren Richtern gemachte Auflage nicht als ungerechtfertigt dargestellt. Es gehört nämlich zu den Pflichten des Banquiers, seinen Kunden nicht etwa nur im Allgemeinen Abrechnung zu ertheilen, sondern auch, wenn an den ertheilten Abrechnungen Abänderungen zu machen sind; wie solches in Folge der stadtgerichtlichen Entscheidung probatis probandis hier stattfinden wird, diese in Ausführung zu bringen, und in ihren weiteren Ergebnissen (nämlich in Betreff der Zinsen und Provisionsposten und des schließlichen Saldo) durch eine neue Abrechnung, so weit wie den Umständen nach erforderlich, darzulegen.

Dem Beklagten ist überdies durch die Auflage der früheren Richter in keinem Falle eine Läsion zugefügt. Denn dieselbe ist ihm nicht unter Androhung einer Geldbuße oder materieller Nachtheile ge-

macht, sondern, wie oben angegeben worden, unter dem Präjudiz, daß, beim Ausbleiben der Abrechnung, der Kläger den Belauf des ihm zukommenden Guthabens zu beweisen haben werde. Und gegen diese Folge seines Nichthandelns kann er selbstverständlich Nichts einwenden.

Eine Zweckmäßigkeitsänderung schien übrigens hier Empfehlung zu verdienen, die Beibringung bis dahin zu verschieben, wo die Beweisergebnisse definitiv festgestellt sein werden.

Hiernach waren die beklagtischen Beschwerden bis auf einen Theil des ersten Gravamen und mit der soeben besprochenen materiell unerheblichen Abänderung des Stadtgerichts-Decisums Nr. 4 zu verwerfen.

II. Das Gravamen unicum des Klägers ist wider die vom Appellationsgerichte ausgesprochene Abänderung des Stadtgerichts-Erkenntnisses in Betreff des Punktes gerichtet, ob die dem Beklagten zukommende, ursprünglich auf 1/8 % bestimmte, im September 1854 aber auf 1/2 % erhöhte und in dieser Größe auch in der Vereinbarung vom 25. August 1857 [act. 14] beibehaltene Provision vom Ende des Jahres 1858 an, wiederum auf 1/8 % herabgesetzt worden sei. Das Stadtgericht hatte auf dem Grunde des Umstandes, daß der Beklagte dem Kläger in den für das Jahr 1859 aufgemachten Contocorrenten nur 1/8 % zur Last gebracht hat, was gleichwohl von dem Beklagten im Jahre 1860 für einen bloßen Irrthum erklärt worden ist, angenommen, daß es sowohl für das Jahr 1859 als auch für die spätere Zeit, bis zum Schlusse des Rechnungsverhältnisses (ult. September 1860), bei 1/8 % sein Verbleiben behalten müsse. Das Appellationsgericht hat dagegen dem Kläger den Beweis der von diesem vorgebrachten Behauptung aufgelegt:

> daß zu Ende des Jahres 1858 die Provision auf 1/8 % vierteljährlich durch Uebereinkunft herabgesetzt worden sei.

Wenn nun der Kläger hierher gravaminirt, weil ihm dieser Beweis aufgelegt worden sei, während das stadtgerichtliche Erkenntniß hätte aufrecht erhalten werden müssen, und im petitum seines Libelles hinzufügt, daß event. dem Beklagten der Beweis seines Irrthums hinsichtlich der Provisionsberechnung in den Contocorrenten des Jahres 1859 reprobatione salva zur Pflicht zu machen sei, so kann diesem Verlangen keine Folge gegeben werden. Daß der Kläger für die Zeit

nach 1854 vereinbarungsmäßig $^1/_2$ % Provision hat vergüten müssen, steht nach den Acten bemerktermaßen fest. Es bedurfte daher einer abändernden Vereinbarung, wenn eine Herabsetzung des Vergütungsfußes eintreten sollte. Daß eine solche stattgefunden habe, behauptet denn auch der Kläger, und es kommt deshalb hier nur darauf an, ob demselben die ihm in Betreff dieses Punktes selbstverständlich obliegende Beweispflicht durch den Umstand abgenommen sei, daß der Beklagte, wie bemerkt, in 4 Vierteljahrs-Abrechnungen sich nur $^1/_3$ % Provision zu Gute gerechnet hat. Dies ist unbedenklich zu verneinen.

Daß, abgesehen von der Seitens des Klägers behaupteten neuen Vereinbarung, die vorgedachte Provisionsberechnung unrichtig war und, wenn nicht etwa die Absicht des Beklagten, dem Kläger eine Liberalität zu erweisen, vorgelegen haben sollte, welche Absicht jedoch, da der Kläger nichts derartiges behauptet, außer Frage steht, auf einem Irrthum beruht haben muß, ist gewiß. Nicht minder gewiß ist es aber, daß Rechnungsfehler, Auslassungen von Debet-Posten, Minderansätze und ähnliche Unrichtigkeiten, wenn sie zum Nachtheil des Rechnungsstellers in Contocorrenten oder sonstigen Abrechnungen vorkommen, so lange berichtigt werden dürfen, als nicht ein neues Rechtsgeschäft das Zurückgehen auf die ursprüngliche Grundlage des Rechnungsverhältnisses ausschließt. — Ueberdies sind die in dem betreffenden Punkte unrichtigen Contocorrente sämmtlich mit der Bemerkung „Irrthum vorbehalten“ unterzeichnet, worauf es indessen nicht einmal ankommt.

Mußten zufolge des Obigen beide Appellationen gänzlich oder doch den wesentlichen Punkten nach verworfen werden, so waren die Kosten dieser Instanz durchweg zu compensiren. Dem Beklagten war indessen wegen des bei Weitem bedeutenderen Werthes, welchen die von ihm aufgestellten Beschwerden im Vergleich mit denjenigen des Klägers betreffen, so, wie im Erkenntniß geschehen, ein größerer Theil der Urtheilsgebühr als dem Kläger zur Last zu bringen.

353.

J. A. Schnapper, Kläger gegen **Cugini, Marsano, Penco & Comp.** in Genua, Beklagte, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 1. September 1862.

1. In Betreff der Vollmacht der Beklagten gibt Kläger selbst zu, daß diejenigen vier Firmen, welche zusammen die von ihm verklagte Handlungsgesellschaft bilden sollen, für ihre vereinigte Firma, welche auch der Genueser Behändigungsschein als zweifellos bestehend darthut, „Einen unter sich correspondiren lassen;" und hat auch nirgends geläugnet, daß die bestrittene Vollmacht von diesem Einen wirklich unterzeichnet sei, was andrerseits das hanseatische Generalconsulat zu Genua geradezu beglaubigt hat. Bei dieser Sachlage darf die Vollmacht der Beklagten um so mehr für genügend gelten, als des Klägers Verlangen, sie solle von den vier einzelnen Firmen unterzeichnet sein, der Uebung des Handels ganz widerspricht.

2. Daß Kläger die beiden Briefe der Beklagten vom 4. August und 3. September 1861, deren Herbeigabe jene verlangt, wirklich empfangen habe und noch besitze, vermag er in [27] nirgends zu läugnen, gibt es vielmehr darin überall zu, indem er nur seine Pflicht zur Herausgabe bestreitet. Wenn er daher, dem gänzlich entgegen, in [35] nun dennoch den Empfang des Briefes vom 4. August 1861 wiederum zu läugnen sucht, so muß dies als durchaus unzuläßig gelten.

3. Wenn auch Beklagte nicht gleich schon in [25] ihren eigentlichen Grund, weshalb sie die Herbeigabe dieser Briefe begehrte, näher angab, derselbe vielmehr erst in ihrer Gegenerklärung [30] ausführlich dargelegt erscheint, so kann doch des Klägers Verpflichtung zur Herausgabe, worauf Beklagte für ihre Vertheidigung Werth legen zu müssen genügend nachgewiesen hat, nicht bezweifelt werden.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Kläger ist zur Herausgabe beider Briefe der Beklagten vom 4. August und 3. September 1861 verpflichtet und wird ihm hierzu Frist von 8 Tagen unter dem Rechtsnachtheile vorberaumt, daß sonst deren Inhalt als übereinstimmend mit dem von der Beklagten in [25] angegebenen zu gelten habe.

II. Kläger hat der Beklagten die Kosten dieses Zwischenverfahrens zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 15. December 1862.

Auf Appellation des Klägers.

Die Editionspflicht des Klägers kann im vorliegenden Falle keinem Bedenken unterliegen, da die Beklagten, wenngleich sie den Inhalt der von ihnen, ihrer Behauptung nach, an den Kläger geschriebenen Briefe kennen mußten, doch zu ihrer Vertheidigung gegen den von dem Kläger gegen sie erwirkten Arrest ein wesentliches Interesse dabei hatten, zu wissen, ob und wann ihr Brief vom 4. August 1861 dem Kläger zugekommen sei. Es ist ein von den hiesigen Gerichten bei ihrer Prozeßleitung und Rechtsprechung durchgängig festgehaltener Rechtssatz, daß das in einem Rechtsstreite auf die Klage dem Beklagten angedrohte Präjudiz des Eingeständnisses auch für alle weiteren Verhandlungen in Wirksamkeit tritt, obgleich es bei diesen nicht widerholt angedroht ist.

Urtheil des Ober-Appell.-Gerichts zu Lübeck vom 26. März 1850 in Sachen Pohls & Lohmer ca. Sartorio.

Römer, Sammlung Bd. 2, Nr. 117.

Diese Wirkung des angedrohten Präjudizes erstreckt sich aber auf beide Parteien, so daß die auf Antrag des Klägers erwirkte Bedrohung bei allen weiteren Verhandlungen auch gegen ihn wirkt. Denn es wird von den hiesigen Gerichten dem Kläger, auf die Vernehmlassung des Beklagten hin, nie das Präjudiz des Eingeständnisses für die Abgabe seiner Replik angedroht, und doch hat man nie Bedenken getragen, in einem jeden Falle, in welchem sich dazu Gelegenheit darbot,

dieses Präjudiz auch gegen den Kläger zur Anwendung zu bringen. Demgemäß ist im vorliegenden Rechtsstreite das von dem Beklagten am 21. November 1861 gestellte Editionsgesuch, trotzdem daß es mittelst des stadtgerichtlichen Decrets vom 22. November 1861 ohne spezielle Androhung eines Präjudizes zur Erklärung mitgetheilt worden war, wegen des vorausgegangenen Decrets vom 18. September 1861 als unter dem Präjudize des Zugeständnisses zur Erklärung mitgetheilt zu erachten, und es hat deshalb das Stadtgericht die von dem Beklagten gemachte und von dem Kläger nicht widersprochene Behauptung, daß Letzterer zwei auf die Sache bezügliche Briefe des Ersteren, von denen der eine vom 4. August 1861 und der andere vom 3. September 1861 datirt sei, erhalten habe und besitze, mit Recht als stillschweigend zugestanden erklärt.

Im vorliegenden Falle ist es um so unbedenklicher, die oben erwähnte Thatsache als von dem Kläger zugestanden zu erachten, als dasjenige, was er auf S. 17 und 18 seiner auf das Editionsgesuch abgegebenen Erklärung [27] der St. G. Act. über die zwei Briefe vom 4. August 1861 und vom 3. Sept. 1861, deren letzteren er jetzt seiner Berufungsschrift beigelegt hat, gesagt hat, gar nicht anders verstanden werden kann, als dahin, daß er beide Briefe zwar besitze, aber nicht für gut befunden habe, sie bis jetzt zu den Acten zu bringen. — Steht aber, wie es hiernach der Fall ist, actenmäßig fest, daß der Kläger den Brief der Beklagten vom 4. August 1861, dessen Inhalt überdies durch den von dem Kläger jetzt vorgelegten Brief vom 3. September 1861 außer Zweifel gestellt ist, besitze, wenn er nicht selbst in böslicher Absicht des Besitzes sich entäußert haben sollte, so hatte der Kläger keinen Grund zur Beschwerde gegen das angefochtene stadtgerichtliche Erkenntniß, und es wird deshalb

die gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 1. September 1861 ergriffene Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde, unter Verurtheilung des Appellanten und Querulanten in die Kosten dieser Instanz, verworfen.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Klägers **durch Urtheil des Ober-Apellationsgerichts vom 12. Januar 1864**, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der Kläger beschwert sich in gegenwärtiger Instanz darüber, daß die von ihm gegen das Urtheil erster Instanz erhobene Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde, unter Verurtheilung in die Kosten, verworfen, und nicht vielmehr nach Maßgabe der in voriger Instanz gestellten petita das erste Urtheil als nichtig aufgehoben eventuell reformirt worden sei.

Er hat demgemäß die in voriger Instanz aufgestellten Bitten, jedoch mit Umstellung ihrer Ordnung und unter Vermehrung von Nr. II mit Nr. 3, sowie unter Hinzufügung eines Restitutionsgesuches unter Nr. III widerholt. Es konnte jedoch denselben nicht entsprochen werden. Anlangend nämlich

A. die jetzt unter I aufgestellte Bitte: das Verfahren seit dem Editionsgesuch vom 22. November 1861 als nichtig aufzuheben und angemessene weitere Verfügung, d. h. nach Ansicht des Klägers ein Decret, mit dem geeigneten Präjudiz, ergehen zu lassen, so stellt sich die Auffassung des Klägers, daß die Androhung des Eingeständnisses, welche in Frankfurt dem ersten Decret beigefügt wird, sich bei allen folgenden zur Erklärung des Gegners mitgetheilten Schriftsätzen nur dann von selbst verstehe, wenn diese mit dem Hauptverfahren in materiellem Zusammenhange ständen, und daß sie auf ein abgesondertes Incidentverfahren, wie solches in dem vor der Vernehmlassung angebrachten Editionsgesuch liege, nicht anwendbar sei, als völlig verwerflich dar. Wenn auch das von dem Appellationsgericht angezogene Präjudiz einen Fall der vorliegenden Art nicht unmittelbar betrifft, so steht doch die Rechtssprechung darüber ganz fest, daß in dem bei den Gerichten zu Frankfurt stattfindenden Verfahren jede Nichtbeantwortung einer von dem Gegner aufgestellten neuen Behauptung die Strafe des Eingeständnisses zur Folge habe. Dies folgt unzweifelhaft daraus, daß es im Fall einer an das Erforderniß der Connexität nicht gebundenen Widerklage einer Wiederholung des Präjudizes nicht bedarf, um solches vorkommendenfalls eintreten zu lassen,

Peters ca. Hermann, November 1835,*)
Derschow Wwe. Erben ca. Wenzel, März 1840;**)

---

*) Siehe S. 256.
**) Siehe S. 257.

und in dem Fall, auf welchen sich der Kläger für die Nothwendigkeit eines besonderen Präjudizes beruft, nämlich bei der Urkundenproduction, wird das Präjudiz durch Ref. 1, 31, § 19 gerechtfertigt.

Nur dann also würde die Nichbeantwortung „unschädlich" sein, wenn sich das Editionsgesuch sofort als verwerflich herausstellen sollte. Das ist jedoch in keiner Weise der Fall. Denn an der Editionspflicht als solcher kann hier nicht gezweifelt werden, da Geschäftsbriefe gemeinschaftliche Urkunden sind, und der Kläger dem Beklagten im weitesten Umfang editionspflichtig ist; und die Frage, ob ein solches Gesuch geeignet ist, die Verpflichtung zu sofortiger Vernehmlassung aufzuheben, steht derzeit nicht zur Beantwortung.

B. Der Kläger verlangt eventuell, daß das Editionsgesuch angebrachtermaßen abgewiesen werde, und damit steht in Verbindung die in jetziger Instanz II, 3 hinzugefügte fernere Bitte, es für ungerechtfertigt zu erklären, daß das angenommene Zugeständniß des Klägers auch auf den angegebenen Inhalt des Briefes vom 4. August 1861 ausgedehnt werde — eine Bitte, welche in voriger Instanz nicht ausdrücklich gestellt worden ist.

Das erste Verlangen ist jedoch unbegründet. Ganz unbeachtet mußte es hier bleiben, wenn der Kläger auch noch in jetziger Instanz die Unerheblichkeit des Editionsgesuches daraus ableiten will, daß die Beklagten nicht befugt gewesen wären, unterm 4. August 1851 neue Bedingungen für das Geschäft zu stellen, indem ihre rechtliche Verpflichtung schon früher festgestanden habe. Denn die Frage, von welchen Wirkungen dieser Brief für die Hauptsache später sein werde, steht derzeit nicht zur Beurtheilung. Ebenso irrig ist es, zu behaupten, eine Editionsverbindlichkeit könne bei Briefen, von denen der Absender nothwendig die Copie besitze, nicht angenommen werden. Es ist bereits in den Gründen zum vorigen Urtheil hervorgehoben worden, daß die Beklagten ein Interesse daran haben können, genau zu erfahren, zu welcher Zeit ihr Brief in die Hände des Klägers gelangt sei. Endlich war es auch nicht nöthig, den Inhalt des Briefes in dem Editionsgesuch [25] sofort anzugeben. Die genaue Bezeichnung des Briefes seinem Datum nach war ausreichend, und die Antwort hatte sich selbstverständlich nur auf die hier zunächst interessirende Frage zu beschränken, ob ein Brief von dem gedachten Datum in die

Hände des Klägers gelangt sei. Unsubstantiirt ist also ein derartiges Gesuch wegen Mangels der Angabe des Inhalts nicht, und war mithin die Beschwerde unter II, 1 zu verwerfen.

Nicht minder aber die Beschwerde unter Nr. 3. Das Präjudiz, welches das erste Urtheil für die Herausgabe des Briefs vom 4. August 1861 androht, lautet dahin, „daß sonst der Inhalt des gedachten Schreibens als übereinstimmend mit dem von dem Beklagten in [35] der Stadtgerichtsacten angegebenen zu gelten habe.“ Bleibt man hier bei den Buchstaben stehen, so wäre das Präjudiz eine nicht geschickte Fassung der Verwahrung, „daß widrigenfalls angenommen werde, der Kläger habe einen Brief des Beklagten vom 4. August wirklich erhalten“ — indem ein Mehreres über den Inhalt jenes Briefes in [25] nicht zu finden ist. Ein solches Präjudiz wäre nun zwar völlig müssig, da ja der Empfang jenes Briefes durch das fingirte Geständniß bereits feststeht. Allein die Beschwerde des Klägers wäre jedenfalls völlig inan. Nimmt man dagegen an, und davon geht der Kläger durch den Inhalt seiner Beschwerde aus, und die Beklagten stimmen damit in jetziger Instanz stillschweigend überein, es sei im Urtheil versehentlich [25] statt [30] geschrieben, so erscheint das Präjudiz völlig angemessen, indem für den Ungehorsam des Klägers in der Herausgabe eines auf Grund der Fiction des Geständnisses in seinen Händen befindlichen Briefs nichts anders angedroht werden kann, als daß der von den Beklagten [30] S. 5 der Stadtgerichts-Acten angegebene, vom Kläger aber [35] abgeläugnete Inhalt des fraglichen Briefs als eingeräumt angesehen werde. Was aber in den Gründen zum vorigen Urtheil beiläufig darüber vorkommt, nach nunmehriger Production des Schreibens vom 3. September sei auch der Inhalt des Briefs vom 4. August klar, ist nicht Entscheidung, bietet mithin schon um deswillen, aber auch in Gemäßheit des Vorstehenden keinen Anlaß zu einer Beschwerde. —

Wenn der Kläger schließlich unter Nr. 4 verlangt, daß den Beklagten die Absendung des Briefs vom 4. August zu beweisen auferlegt werde, so steht dieser Punkt durch das fingirte Geständniß fest; das weitere Verlangen aber, den Inhalt des Briefs zu erweisen, ist dem Obigen zufolge keinenfalls gegenwärtig in Frage.

C. Das Verlangen II, 2, den Beklagten vor der Edition die

Ausschwörung eines Gefährdeeides aufzulegen, mußte verworfen werden, da der Editionseid, selbst wenn dessen Ableistung hier in Frage kommen könnte, die Natur eines zugeschobenen Eides nicht hat, und es im Uebrigen an jeder Voraussetzung für die Zuerkennung eines Gefährde-Eides fehlt.

D. Von einer Restitution gegen das Prozeßversehen des klägerischen Anwaltes bei Nichtbeantwortung des Editionsgesuchs der Beklagten, worauf der Kläger unter Nr. III angetragen hat, kann nicht die Rede sein, da nach constanter Rechtsprechung des Ober-Appellationsgerichts eine Partei, abgesehen von Fristversäumungen, gegen Versehen ihres Anwaltes in der Prozeßführung nicht restituirt wird.

Auszüge aus den Seite 253 angezogenen Entscheidungen in Sachen:

1. Peters ca. Hermann 1835.

Wenn der Appellant

b) anführt, es könne in Ermangelung eines solchen ausdrücklichen Decrets nicht das im Art. 34 der Frankfurter provisorischen Gerichtsordnung erwähnte praejudicium confessi eintreten, so ist dies ebenfalls irrig. Denn einestheils ist es ein ausgemachter Gerichtsbrauch der Frankfurter Gerichte, auch in den Fällen, wenn in der Exceptionsschrift zugleich eine Reconvention angebracht worden ist, doch eine Wiederholung des praejudicium confessi nicht für nothwendig zu achten, vielmehr wird es für genügend gehalten, um jenes Präjudiz für die ganzen Verhandlungen des Prozesses eintreten zu lassen, wenn nur in dem ersten Decrete auf die Klage dasselbe ausgedrückt worden ist; anderntheils versteht es sich von selbst, daß derjenige, welcher eine gerichtliche Handlung freiwillig unternimmt, sich dadurch denselben gesetzlichen Vorschriften, welche — wenn er sie in Folge einer richterlichen Auflage vorgenommen hätte — zu Gunsten seines Gegners eingetreten wären, unterwerfe, indem er durch einseitige Handlungen nicht seinen Gegner in eine nachtheiligere Lage bringen kann.

2. Derschow ca. Wenzel 1840.

Ebensowenig kann

4. daraus ein Anstand erwachsen, daß in dem auf die Vernehmlassung und Widerklage abgegebenen Communicativ-Decrete die Strafe des Eingeständnisses nicht abermals ausdrücklich angedroht worden ist; denn es ist ein ausgemachter, dem Ober-Appellationsgerichte aus mehreren vorgekommenen Fällen ebenfalls bekannt gewordener Gerichtsgebrauch der Frankfurter Gerichte (wie solches namentlich in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse vom 30. November 1835 in Sachen G. Peters ca. W. Hermann aufgeführt ist), daß in den Fällen, wenn in der Exceptionsschrift zugleich eine Reconvention angebracht worden ist, eine Wiederholung des praejudicium confessi nicht für nothwendig, sondern es für genügend gehalten wird, um jenes Präjudiz für die ganze Verhandlungen des Prozesses eintreten zu lassen, wenn nur in dem ersten Decret auf die Klage dasselbe ausgedrückt worden; was hier allerdings geschehen ist.

354.

Martin Dürrstein, Kläger und Impetrant gegen **Anton Dochnal** von Wiesbaden, Beklagten und Impetraten, wegen Forderung und deshalb impetrirten Arrestes.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 18. September 1863.

In Erwägung, daß

1. im Art. 60 der Prozeßordnung von 1819 zwar vorgeschrieben ist, daß jeder Arrest gegen hinlängliche, durch Bürgen oder Pfand oder baare Hinterlegung geleistete, von dem Gericht für zureichend erkannte Sicherheit für den Betrag des Streitgegenstandes sammt Zinsen und Kosten wieder aufzuheben ist,

2. hieraus jedoch nicht gefolgert werden kann, daß nach einmal geleisteter Sicherheit der Impetrat dafür nach Belieben eine andere zu substituiren berechtigt sei, dem Impetranten vielmehr das Recht zugesprochen werden muß, die ihm gewährte Sicherheit mindestens so lange festzuhalten, als ihm nicht eine andere, seine erhobenen Ansprüche in gleicher Weise wahrende geboten wird, es nun aber

3. keinem Zweifel unterliegt, daß die baare Hinterlegung des streitigen Betrags eine größere Sicherheit als bloße Bürgschaftsleistung gewährt,

4. eine von dem Impetraten vorgenommene Cession der hinterlegten Caution für die Rechte des Impetranten ohne Einfluß bleiben müßte,

aus diesen Gründen wird der von dem Beklagten in der Eingabe vom 1. September d. J. gestellte Antrag verworfen und derselbe zum Ersatz der dem Kläger durch dieses Zwischenverfahren verursachten Streitkosten, vorgängiger Feststellung nach, verurtheilt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 11. November 1863.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung, daß

1. der Beklagte zur Abwendung des gegen ihn vom Stadt-Gerichtsdirectorium am 15. November 1860 erkannten, durch Stadtgerichtsdecret vom 26. August 1861 erneuerten Personalarrestes eine Caution von fl. 800 durch baare Hinterlegung dieses Betrags geleistet hat,

2. derselbe nunmehr sich erboten hat, an der Stelle dieser Caution Sicherheit vermittelst Bürgschaft des hiesigen Bürgers B. bis zum Betrag von fl. 800 zu leisten,

3. von dem Beklagten der Bürgschein des B. zu den Acten gebracht, auch bescheinigt worden ist, daß Letzterer Eigenthümer der dahier belegenen mit Lit. C Nr. 163 bezeichneten Behausung ist,

4. der Kläger einen Einwand gegen die Tüchtigkeit des genannten Bürgen nicht erhoben, auch nicht behauptet hat, daß ihm die Bürgschaft des B. weniger Sicherheit gewähre, wie die baare Hinterlegung der oben erwähnten fl. 800; hiernach

5. es dem Beklagten nicht verwehrt sein kann, die von ihm durch baare Hinterlegung geleistete Caution durch die Bürgschaftsleistung des B. zu ersetzen und zwar um so weniger, als der

Art. 60 der prov. Proz.=Ordn.,

indem er es in die Wahl des Impetraten stellt, zur Abwendung des gegen ihn erkannten Arrestes Sicherheit durch Bürgen oder durch Pfand oder durch baare Hinterlegung zu leisten, diese drei Arten der Cautionsleistung, soweit es sich um die Sicherung des Impetranten handelt, einander gleichgestellt hat, somit

6. von dem Stadtgericht dem gestellten Antrag zu entsprechen war.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

1. Das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 18. September 1863 wird aufgehoben,
2. der in der vorliegenden Sache hinterlegte Betrag von fl. 800 ist, nachdem gegenwärtiges Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hat, an Herrn Dr. F. zurückzugeben,

3. der Kläger hat dem Beklagten die Kosten des Verhandlungstermins vom 18. September 1863 zu erstatten,
4. die Kosten dieser Instanz werden verglichen und hat Kläger dem Beklagten den Protokoll- und Urtheilsstempel zur Hälfte zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 23. Januar 1864.

Auf Appellation des Klägers.

Es wird die vom Kläger hierselbst übergebene Appellationsschrift dem Beklagten hierneben abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und da den Gründen, aus welchen die vorigen Richter die in zweiter Instanz aufgestellte und in gegenwärtiger wiederholte Beschwerde des Klägers verworfen haben, nur beigetreten werden kann, indem

1. wenn nach § 60 der provisorischen Prozeßordnung jeder Arrest gegen hinlängliche, durch Bürgen oder Pfand oder baare Hinterlegung geleistete Sicherheit aufgehoben werden muß, daraus sich nur ein Recht des Impetranten darauf, daß die Sicherheit eine genügende sei, ableiten läßt, während die Wahl der hier angegebenen Sicherheitsmittel lediglich in dem Belieben des Impetraten steht und eine Befugniß desselben, das Anfangs gewählte Sicherheitsmittel durch ein anderes zu ersetzen, sich um so weniger bezweifeln läßt, als aus dem Gegentheil folgen würde, daß umgekehrt auch der Impetrant mit dem vom Gegner einmal gewählten Mittel sich auch dann für immer begnügen müßte, wenn es aufhörte, ihm eine genügende Sicherheit zu gewähren und, wenngleich

2. dieses dem Impetraten zustehende jus variandi selbstverständlich nicht zu Vexationen des Impetranten mißbraucht werden darf, doch ein solcher Mißbrauch in dem gegenwärtigen Falle, wo der Impetrat die Anfangs gestellte, für ihn augenscheinlich drückende Caution mittelst baarer Hinterlegung durch einen Bürgen, gegen dessen Tüchtigkeit der Impretant nichts eingewendet hat, zu ersetzen wünscht, durchaus nicht vorliegt,

so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber die gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. November vorigen Jahres erhobene Beschwerde, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu verwerfen sei; und wird nunmehr die Sache, soviel den gegenwärtigen Incidentpunkt betrifft, an das Stadtgericht zurückverwiesen.

355.

Wilhelmine Hauff, Wittwe, geb. Paschen, Klägerin gegen die Erben des **Johann Christoph Hauff,** Beklagte, Forderung einer lebenslänglichen Rente von fl. 500 betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 18. Februar 1864.

Es handelt sich in dem vorliegenden Fall auf Grund der in gegenwärtiger Instanz aus der vorigen im Wesentlichen wiederholten Beschwerde der Beklagten nur darum, ob der Klägerin der Erfüllungs- oder den Beklagten der Reinigungs-, jener als Wahrheits-, dieser als Glaubens-Eid aufzuerlegen ist. Denn wenn die Beklagten in jetziger Instanz der Ansicht sind, daß einem Theil von ihnen der Eid ebenfalls als Wahrheitseid auferlegt werden könne, weil sie um die Person des Erblassers in seinen letzten Jahren gleichfalls gewesen seien, und daher erhärten könnten, daß es nicht dessen Absicht gewesen sei, der Klägerin vor den übrigen Schwiegerkindern einen Vorzug einzuräumen, so übersehen sie die Bedeutung des von der Gegnerin abzuleistenden Eides. Dieser ist auf ein spezielles Versprechen gerichtet, von welchem die Klägerin allerdings behauptet hat, daß es ihr später mehrfach wiederholt sei, in Bezug auf welches aber nirgends auch nur angedeutet ist, daß dasselbe in Gegenwart von anderen Personen, insbesondere einem Theil der Beklagten, abgelegt worden sei. Es ist also unmöglich, daß irgend Einem unter den Beklagten der Eid in einer andern Form als der eines Glaubenseides auferlegt werde. Sollte daher ein Zweifel obwalten, wem von beiden streitenden Theilen der Eid aufzulegen sei, so müßte bei der sonstigen Gleichheit beider Theile in Bezug auf die Annahme einer gewissenhaften Ableistung des

Eides, der Klägerin allerdings der Vorzug eingeräumt werden, und ein derartiger Fall war hier vorhanden.

Auszugehen ist bei der Beurtheilung von den Rechtssätzen, daß die Aussage eines classischen Zeugen, welche den Beweissatz erschöpft, zur Auferlegung eines Erfüllungs-Eides über denselben führen kann; daß ein außergerichtliches Geständniß, wenn nur die Absicht zu gestehen außer Zweifel ist, volle beweisende Kraft hat;

Frankf. Sache Fürth ca. Sternau, 28. April 1851,*)

und endlich, daß diese bei einem solchen Geständniß nicht dadurch bedingt ist, daß es in Gegenwart dessen, zu dessen Gunsten es gereicht, abgelegt ward.

Frankf. Sachen Schmelz ca. Schady, Ehefrau, Dec. 1842.**)

Nun aber kann zunächst an der Classicität des Zeugen Br. nicht gezweifelt werden. Er ist Sachwalter in Frankfurt, er genoß in dem vorliegenden Fall das besondere Zutrauen des Erblassers, welches sich darin kund gibt, daß er denselben mit der Abfassung seiner letztwilligen Verfügung betrauen wollte, und es handelt sich nicht um deren Inhalt, in Bezug auf welchen eine Vorliebe oder ein Regreß gegen den Concipienten denkbar wäre, sondern um eine bei Gelegenheit der mit dem Erblasser gepflogenen Verhandlung vernommene Thatsache. In Bezug auf deren Mittheilung kann aber auch an der Absicht des Erblassers, die Wahrheit sagen zu wollen, nicht gezweifelt werden, da sie von einer Person ausging, welche damit beschäftigt war, ihre Vermögensverhältnisse letztwillig zu ordnen, und welcher daher die bereits übernommenen Verbindlichkeiten gerade damals recht klar vor die Seele treten mußten. Und dieses zwar um so weniger, als auch von H. und B. die Aeßerung des Erblassers eingezeugt ist, er wolle für dieselbe sorgen. Alles kommt mithin darauf an, ob der Inhalt der Aussage des Zeugen Br. das Beweisthema erschöpft. Hier steht nun zwar soviel fest, daß er nicht im Stande gewesen ist, die von dem Erblasser gebrauchten Worte wieder zu geben. Allein dieser Umstand vermag dem Zeugniß seine beweisende Kraft nicht zu nehmen, zumal wenn man erwägt, daß ein längerer Zeitraum zwischen

---

*) Siehe S. 265.

**) Siehe S. 266.

die Mittheilung und die Aussage fällt, und nicht minder in Betracht zieht, daß dem Zeugen, einem Rechtsgelehrten, der Unterschied zwischen der Absicht eines Erblassers eine Person zu bedenken, und einem Vertrage desselben mit solcher, aus welchem diese Person berechtigt sein würde, eine Rente nach dem Tode des Erblassers in Anspruch zu nehmen, vollkommen klar sein mußte. Wenn daher der Zeuge angibt, daß er den Sinn dessen, was der Erblasser ihm mitgetheilt habe, wiedergebe, so kann an der Erheblichkeit seiner Aussage nicht gezweifelt werden. Die Aussage selbst geht aber dahin, der Erblasser habe mit ihm davon gesprochen, seine Schwiegerkinder, welche sich nicht wieder verheirathen würden, sollten von ihm lebenslängliche Renten und zwar (Jedes) aus einem Capital von fl. 10,000 erhalten. Auf seine, des Zeugen, Bemerkung, daß die Zinsen von je fl. 20,000 dem Vermögen des Erblassers entsprechen würden, sei dieser eingegangen, und gedachte Summe auch in den nicht vollzogenen Testaments-Entwurfs übergegangen. Bei der Gelegenheit nun soll der Erblasser gegen den Zeugen sich dahin ausgesprochen haben, „die Zinsen eines Capitals von fl. 10,000 würden demjenigen entsprechen, was er seiner Schwiegertochter hier, der Klägerin, versprochen oder mit ihr ausgemacht habe.“ Durch diese Angabe wird aber der eine Theil des Beweissatzes, das Versprechen der Rente erschöpft. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß die Möglichkeit bleibt, das Versprechen sei auf eine letztwillige Bedenkung gegangen, in welchem Fall, nach bekannten Rechtsgrundsätzen, der Erfolg des Versprechens von der Vollziehung der letztwilligen Verfügung abhängig sein würde, welche hier nicht stattgefunden hat. Bedenkt man indessen, daß der Zeuge bei seiner Deposition diese Möglichkeit nicht im Sinne gehabt, sondern vielmehr ein Versprechen, aus welchem sofort Rechte hervorgehen würden, wie sich daraus ergibt, daß er in Verfolg seiner Aussage theils von dem „Versprechen“ für Dienstleistungen redet, theils und noch mehr daraus, daß diese Zusage eine mündliche gewesen und deren schriftliche Abfassung im Werke gewesen sein soll, so wird man, in Berücksichtigung, daß auch dieser juristische Unterschied dem Zeugen klar gewesen sein muß, zu dem Ergebniß gelangen, daß der Beweissatz in soweit in eine für die Auferlegung eines Erfüllungseides ausreichende rechtliche Gewißheit gesetzt sei. Anlangend aber den zweiten Punkt, daß das

Versprechen für die geleisteten Dienste ertheilt wurde, so ist es zunächst zweifelhaft, ob dieser Umstand überhaupt Gegenstand eines abgesonderten Beweises sein sollte, und nicht vielmehr in den Beweissatz aufgenommen wurde, um das vorliegende factische Verhältniß zu charakterisiren. Hält man den Punkt aber für einen Gegenstand des Beweises, so kommt dafür zunächst in Betracht, daß die Dienste unbestrittenermaßen geleistet sind, wonach es schon ohne Weiteres eine nicht unbedeutende Wahrscheinlichkeit hat, daß das Versprechen sich auf dieselben bezogen haben werde. Dazu kommt aber die ausdrückliche Erklärung des Zeugen, er habe bei einer Besprechung mit dem Erblasser einmal geäußert, die fragliche Rente würde für die Dienstleistungen der Klägerin eine Belohnung sein, und der Erblasser habe dem keinen Widerspruch entgegengesetzt, sondern diese Aeußerungen vielleicht sogar bestätigt — eine Deposition, durch welche der Zeuge seine anfängliche Aussage, er erinnere sich nicht, ob die Rente für Dienstleistungen versprochen sei, modificirt, und dadurch das Gewicht der neuen Aussage nicht schwächt, sondern verstärkt, indem er durch den gemachten Zusatz zu erkennen gibt, wie sehr er bemüht sei, alles dasjenige, was er aus den Unterredungen mit dem Erblasser im Gedächtniß behalten, getreulich wieder zu geben. — Auch der dritte Punkt, die Zeit, seit welcher von der Klägerin die Rente bezogen werden sollte, ist von dem Zeugen dahin beantwortet, er wisse nicht anders, als daß dies von dem Tode des Erblassers an geschehen solle, und nur darüber ist der Zeuge ohne Kunde, ob nicht vielleicht schon mit dem Augenblicke, wo die Klägerin das Haus des Erblassers verlassen würde, ihr Recht auf die Rente zu beginnen habe — ein Punkt, welcher derzeit nicht wesentlich in Betracht kommt, da die Klägerin den Erblasser bis zu dessen Tode verpflegt hat.

Auszüge aus den Seite 263 angezogenen Urtheilen in Sachen:

1) Fürth ca. Sternau 1851.

Als feststehend sind folgende Rechtssätze zu betrachten:

1. daß die eidliche Abhörung eines einzelnen Zeugen über das Beweisthema gestattet sei, sowie daß, wenn derselbe durch seine Aussage das

Thema erschöpft, gegen seine Person erhebliche Einwendungen nicht vorliegen, auch sonst in Betreff der Zulassung des Producenten zum Eide keine Bedenklichkeiten obwalten, auf einen dem Letzteren aufzuerlegenden Erfüllungseide erkannt werden könne;

Reform. I, 39, § 7.

2. daß ein außergerichtliches Geständniß, insofern keine Mängel bei solchen hervortreten, welche die Absicht, zu gestehen, zweifelhaft machen, volle Beweiskraft wider denjenigen habe, welcher das Geständniß abgelegt hat.

2) Schmelz ca. Schady 1842.

Es läßt sich auch

2. dem Argumente der Beklagten, daß der Kaufbrief vom 8. September 1817 dem Dr. Christ und dessen Rechtsnachfolgern als res inter alios acta, keine Rechte gewähren könne, nicht beipflichten. Denn durch die obgedachte Stelle im Art. 1 dieses Kaufbriefes wurde nicht etwa eine bis dahin zu Gunsten des praedii D. 196 nicht stipulirte Servitut zuerst neu begründet, sondern sie kommt nur als eine bündige Anerkennung der Contrahenten darüber, daß die fragliche Servitut mittelst Uebereinkunft mit Dr. Christ dem praedium D. 195 bereits auferlegt worden sei, in Betracht, und um das in dieser Anerkennung liegende Geständniß zu seinen Gunsten geltend zu machen, war auch die Gegenwart des Dr. Christ, wenn es daran ermangelt haben sollte, nicht erforderlich.

Reform. I, 30, § 6.

356.

H. D. Dreßler, Kläger und Widerbeklagter gegen die Versicherungs-Gesellschaft **Providentia**, Beklagte und Widerklägerin, eine Assecuranzforderung von fl. 21,215 betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 14. August 1861.

1. Zur richtigen Würdigung der von den Streittheilen klagend und widerklagend erhobenen Ansprüche ist es vor Allem erforderlich, den thatsächlichen Verlauf der Transactionen ins Auge zu fassen, welche unter den Parteien behufs Abschlusses von Versicherungsverträgen stattgefunden haben und hiernach die Rechtsverhältnisse festzustellen, welche in dieser Beziehung zwischen ihnen zu Stande gekommen und für die Beurtheilung ihrer gegenseitigen Anforderungen maßgebend sind. —

Mit Brief vom 8. Februar 1858 hatte Kläger von der Antwort Act genommen, die ihm auf seine Anfrage,

> „welche Prämie und welcher Rabbat ihm bei Versicherung eines Quantums von beiläufig 270,000 Wiener Centner Schienen und Laschen für die Reise von Wales nach Rotterdam und von da nach Uj Szöny, resp. Pesth gewährt werden würde?"

von Seiten der Beklagten ertheilt worden war. Zugleich hatte derselbe, ein Zurückkommen auf diesen Gegenstand sich vorbehaltend, um schriftliche Bestätigung der betreffenden Angaben gebeten. Letzterem entsprach die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 21. Februar, jedoch in der Weise, daß sie das Versicherungsgeschäft bezüglich der fraglichen 270,000 Centner Schienen und Laschen als zu den bewilligten Prämiensätzen und Rabatten abgeschlossen erklärte, desfallsige Vertrags-

ausfertigung in duplo beifügte und um Rücksendung des einen, mit Klägers Unterschrift zu versehenden Exemplars ersuchte.

Mit Brief vom 26. Februar erwiderte indessen Kläger, daß es bezüglich des fraglichen, bei der Beklagten zu versichernden, Schienentransportes noch gar nicht so weit sei, daß er selber erst noch die Zusage der Absender erwarte und nur, nachdem solche erfolgt sein werde, bei der Beklagten auf diesen Gegenstand zurückkommen könne; daß er jedoch hoffe, es werde ihm die Deckung der Assecuranz auf das eine oder andere Quantum übertragen werden, welchen Falles er dasselbe sofort bei der Beklagten zur Versicherung auf Grund der übereingekommenen Prämiensätze und Bedingungen anmelden; daß er aber unter diesen Umständen und weil inzwischen ein anderer Modus für seine Versicherungen bei der Beklagten abgesprochen worden sei, die beiden ihm behändigten Vertragsausfertigungen der Beklagten unvollzogen zurückgebe.

Dieser anderweite Modus der Versicherungen war derjenige einer generellen, alle See=, Fluß= und Landtransporte Klägers umfassende Jahrespolice, deren Modalitäten Beklagte in ihrem Schreiben vom 25. Februar präcisirt hatte mit den Anfügen, daß Kläger sich dagegen schriftlich verpflichten möge, alle im Laufe der Vertragszeit von ihm in Versicherung zu gebenden Güter bei ihr versichern zu lassen.

In seinem Antwortschreiben vom 27. Februar genehmigte Kläger diese sämmtlichen von der Beklagten aufgestellten Bedingungen der Versicherung, wiederholte dieselben nochmals ausdrücklich, ertheilte dagegen das verlangte Versprechen und bat um Zusendung der hiernach auszufertigenden Police.

Beklagte entsprach dem mit ihrem Schreiben vom 1. März, indem sie dem Kläger damit die Jahrespolice überreichte.

Aus diesen thatsächlichen Vorgängen resultirte ein doppeltes Vertragsverhältniß, welches unter den Parteien zu Stande gekommen war. Einmal der durch die Police und den dazu gehörigen Brief Klägers vom 27. Februar documentirte allgemeine Versicherungsvertrag, und außerdem die vorausgegangene besondere Uebereinkunft bezüglich der Bewilligung ermäßigter Prämiensätze und erhöhter Rabatte für die Versicherung eines Quantums von 270,000 Wiener Centner Schienen.

Zwischen beiden, obwohl gleichmäßig auf Versicherung klägerischer

Waarentransporte gerichteten Verträgen bestand jedoch ein wesentlicher Unterschied. Der zuerst genannte Versicherungsvertrag, obwohl zu seiner vollen Perfektion noch der jeweiligen Anmeldung und Namhaftmachung der einzelnen, als Versicherungsobjekte unter denselben fallenden Güter bedürftig, war seiner Natur und Wirkung nach ein unbedingter. Er umfaßte und zwar rückwirkend bis zum 1. Januar 1858 die Versicherung aller See-, Fluß- und Landtransporte, deren Deckung dem Kläger während des Jahres 1858 anheim gegeben sein werde, indem er Letzteren zur Anmeldung aller solcher Güter zur Versicherung auf Grund der vereinbarten Policebedingungen ausschließlich bei der Beklagten verpflichtete, diese dagegen zur Uebernahme der solchergestalt beantragt werdenden Versicherungen schlechthin verband.

Die weitere, wenn schon der Zeit nach frühere Uebereinkunft bezüglich der Prämiensätze und Rabatte für die Versicherung von Schienen und Laschen war dagegen an sich, ihrem Wesen nach, eine nur bedingte, insoferne durch sie zu Gunsten Klägers Prämiensätze und Rabatte bestimmt wurden, welche zur Anwendung kommen sollten, wenn und inwiefern Kläger ein Quantum von ungefähr 270,000 Ctr. im Laufe der Jahre 1858 und 1859 bei der Beklagten versichern lassen werde.

Im Verhältniß zu einander stellten sich diese beiden Vereinbarungen als Haupt- und Nebenvertrag dar, indem der generelle Versicherungsvertrag, weil alle klägerischen Gütertransporte, so auch das in Aussicht gestellte Schienenquantum von 270,000 Centnern mit umfaßte, die eventuelle Versicherung dieser Schienen im Allgemeinen und Wesentlichen auf Grund der Bestimmungen der Jahrespolice zu erfolgen hatte, die besondere Uebereinkunft bezüglich der Prämien und Rabatte aber die Bedingungen dieser letzteren speciell für fragliche Schienentransporte dahin modificirte, daß nicht die sonsthin platzgreifenden tarifmäßigen, vielmehr die besonders vereinbarten ermäßigten Prämiensätze und erhöhten Rabatte zur Anwendung kommen sollten.

Für alle einzelnen Fälle aber, in welchen die Beklagte auf Grund der Police die Gefahr des Transportes übernehmen sollte, war die vertragmäßig vorgesehene Anmeldung der betreffenden Güter erforderlich.

2. Auf Grund der bestehenden Verträge, d. i. der Police vom 1. März 1858 und der vorausgegangenen besonderen Prämienvereinbarung hat Kläger mittelst der Antragformulare [46] bis [55] ein Quantum von ca. 40,000 Centner Schienen zur Versicherung auf der Reise von Rotterdam nach Pesth bei der Beklagten angemeldet und die Genehmigung dieser Anträge erlangt. Ein Theil dieser Schienen, 987 Stück, welche zu Kehlheim auf das Schiff des Jos. Ziegler verladen worden waren, ist bei Mölk an der Donau am 12. September 1858 versunken. In Folge angestellter Rettungsversuche wurden hiervon 333 Stück geborgen und dem Adressaten, der dieselben auch angenommen, zugesendet. Für den Werth des untergegangenen Schienenrestes in dem berechneten Betrag von fl. 21,215. 30 kr. nimmt Kläger die Beklagte auf Grund der von ihr geleisteten Versicherung in Anspruch. Dieser Anspruch bildet den Gegenstand der Klage.

Die Widerklage ist dagegen auf Zahlung der Prämie für diejenigen 230,000 Centner Schienen gerichtet, welche Widerbeklagter von dem in Aussicht gestandenen Gesammtquantum von beiläufig 270,000 Centnern bei der Beklagten nicht zur Versicherung gebracht, sowie auf Ersatz der Rettungskosten, welche Beklagte anläßlich der bei Mölk stattgehabten Havarie aufgewendet hat.

3. Daß 987 Schienen mit dem Schiff des Jos. Ziegler bei Mölk gesunken sind, gesteht Beklagte zu; sie leugnet aber die Identität dieser versunkenen Schienen mit den bei ihr versichert gewesenen, indem sie, gestützt auf die Bestimmung in Absatz 2 des Art. 14 der allgemeinen Police-Bedingungen, desfallsigen Beweis verlangt, auch insofern dieser Nachweis ihr außergerichtlich zu liefern gewesen wäre, ihrer Ansicht nach aber nicht geliefert worden ist, die Einrede der verfrühten Klage vorschützt.

Diese letztere Einrede ist indessen auf allen Fall grundlos, da Beklagte nicht behauptet hat, daß sie bei genügender Erbringung dieses Nachweises zur Befriedigung Klägers für seine Schadensforderung bereit gewesen wäre, beziehungsweise noch bereit sei, ihre weitere Vertheidigung vielmehr das Gegentheil hiervon ergibt, somit die Klageerhebung insoweit immerhin gerechtfertigt erscheinen läßt.

Es muß aber das beklagtische Leugnen der Identität der hava-

rirten Schienen in der That als grundlos, der desfalls geforderte Nachweis als hergestellt erachtet werden.

Aus dem Inhalt der amtlichen Urkunde [36] ergibt sich nämlich, daß die auf dem Schiff des Jos. Ziegler verladenen 987 Schienen zu denjenigen größeren Partieen, denen sie entnommen worden waren, gehörten, welche mit den Schiffen Fouge, Katharina, Delphin und Frankfurt Nr. 14 von Rotterdam in Biebrich angekommen waren. Diese auf den genannten Fahrzeugen verladenen Schienenquantitäten waren aber von dem Kläger mittelst der Antragformulare [15, 16] bei der Beklagten zur Versicherung für die Reise von Rotterdam bis Pesth angemeldet und von der Beklagten die Versicherung übernommen worden.

Daß die attestirende Behörde in der Lage gewesen, auf Grund ihrer amtlichen Kenntniß die fragliche Thatsache bestätigen zu können, hat Beklagte nicht geläugnet. Sie bestreitet aber die Beweiskraft der producirten Bescheinigung um deswillen, weil letztere ohne Rücksicht auf die Identität der einzelnen, das Gesammtquantum bildenden, Schienen ausgestellt sei. Allein diese Identität kann nach Lage der Sache überhaupt nicht in Betracht kommen. Denn es waren die in den obengenannten Schiffen verladenen Schienen nicht individuell, sondern generell, als Quantitäten vertretbarer Sachen, vom Kläger versichert worden, deren Massenbestand somit unabhängig war von der individuellen Fortexistenz der einzelnen Stücke. Bei der Frage der Identität kann es sich daher nur um diejenige in genere der in jenen Schiffen verladen gewesenen Gesammtquantitäten, beziehungsweise einzelner Theile derselben handeln, nicht aber um die Identität der darunter begriffenen Einzelstücke. Daß aber die auf das Schiff des Joseph Ziegler überladenen Schienen in diesem Sinne zu den auf den Schiffen Fouge, Katharina, Delphin und Frankfurt Nr. 14 verladen gewesenen gehörten, Theile dieser Ladungen bildeten, ist durch das amtliche Attest [36] außer allen Zweifel gestellt.

Nun will zwar Beklagte aus dem Umstand Etwas zu Gunsten ihrer irrigen Ansicht von der Nothwendigkeit eines individuellen Identitätsnachweises herleiten, daß auf den in dem Attest [36] genannten Schiffen — wie sie erst nachträglich erfahren habe — außer den bei ihr versicherten noch anderweite Schienen, für welche sie die Gefahr

des Transportes nicht getragen, verladen gewesen seien. Allein selbst die Wahrheit dieser Thatsache vorausgesetzt, ist der daher abgeleitete Schluß unhaltbar. Denn daß die Gemeinsamkeit des Schiffsbodens für die bei ihr versicherten und die anderweiten, auf den mehrgenannten Rheinschiffen angeblich mit verladen gewesenen Schienen sich auch auf die weitere Reise über Biebrich hinaus erstreckt habe, hat Beklagte nicht behauptet. Es muß daher angenommen werden, daß die Ausscheidung der versicherten Quantitäten [15, 16] von den mitgereisten unversicherten zu Biebrich gelegentlich der Umladung der Schienen auf Mainschiffe erfolgt ist. Zu solcher Ausscheidung — vorgenommen zu einer Zeit, wo die Haftung der Beklagten aus ihrer Versicherung beziehungsweise die Concurrenz des Mitversicherers des weiteren Schienenquantums (mag dies nun H. D. Dreßler selber oder eine andere Gesellschaft gewesen sein) noch gar nicht praktisch geworden, bezüglich des Versicherungsobjectes vielmehr noch vollständig res integra vorhanden war — war aber Kläger um so unzweifelhafter befugt, als Beklagte auf den Fortbestand des bis dahin factisch vorgelegenen Verhältnisses, das ihr im Falle einer eingetretenen Havarie allerdings hätte zu Gute kommen müssen, ein vertragsmäßiges Recht nicht hatte, die Gefahr der in [15] und [16] angemeldeten Schienen von ihr schlechthin und ohne Rücksicht auf eine concurrirende Versicherung übernommen worden war, die Ausscheidung dieses Schienenquantums somit nur die thatsächliche Herstellung des Zustandes bewirkte, welcher bei Abschluß des Versicherungs-Vertrages als bestehend angenommen worden war.

4. Beklagte wendete ein, daß außer den als gerettet vom Kläger angegebenen 333 Schienen noch weitere 98 resp. — wie sie später nachgegeben hat — 96 Stücke geborgen worden seien, deren Werth somit an der eingeklagten Schadensforderung in Abzug zu kommen habe, so daß letztere sich jedenfalls nur auf fl. 18,100. 47 kr. berechne.

Die Rettung von weiteren 96 Schienen gesteht Kläger zu, gleichwie er auch nicht behaupten konnte, daß dieselben in einer die Ersatzpflicht der Beklagten bedingenden Weise beschädigt gewesen seien. Er macht jedoch geltend, daß der Adressat die Annahme dieser Schienen wegen der verspäteten Ablieferung verweigert und ihn für deren Werth belastet habe, daher denn Beklagte ihm hierfür aufkommen müsse.

Diese Ansicht Klägers ist jedoch irrig. Denn die Gefahren, für welche Beklagte in Folge der übernommenen Versicherung aufzukommen hat, sind nach Art. 1 der allgemeinen Police-Bedingungen der Verlust oder die Beschädigung der versicherten Waaren. Weder das Eine noch das Andere trifft aber bei den in Frage stehenden 96 Schienen zu, da vielmehr lediglich die durch den eingetretenen Unglücksfall herbeigeführte Transportverzögerung den Grund des dem Kläger zugegangenen Schadens bildet. Es ist aber Beklagte durch die Bestimmung in Absatz 3 des Art. 2 der allgemeinen Bedingungen von jeder Verhaftung für einen derartigen Schaden ausdrücklich frei erklärt worden. Kläger hat daher die Beklagte für den Betrag der fraglichen 96 Schienen zu entlasten und reducirt sich hiernach die erhobene Schadensforderung auf den Betrag von fl. 18100. 47 kr.

5. Beklagte führt eine Reihe einzelner Momente an, aus welchen sie die Verwirkung des klägerischen Assekurranzanspruches herleitet:

Sie behauptet:

A) Kläger habe es unterlassen, die Namen der Schiffer und Fahrzeuge anzugeben, mittelst welcher die Schienen von Biebrich aus auf dem Main, dem Donau-Main-Canal und der Donau weiter befördert worden seien.

B) Die Versicherung der Schienen sei ausdrücklich auf den Wasserweg von Rotterdam bis Pesth geschlossen gewesen; Kläger habe aber dieselben von Biebrich bis Bamberg mit der Eisenbahn gehen lassen.

C) Das zum Transport der Schienen auf der Donau benutzte Schiff des Jos. Ziegler sei ein hierfür untaugliches Fahrzeug, auch

D) mittelst des demselben aufgebürdeten Schienenquantums im Gewicht von 3557 Wiener Centnern bedeutend überladen gewesen.

Zu A. Die Thatsache steht unbestritten fest, daß Kläger der Beklagten die Namen der zum Transport der Schienen benutzten Main- und Donauschiffe, sowie deren Eigenthümer nicht bekannt gegeben hat. Wenn nun Beklagte ihre darauf gestützte Befreiung von

der übernommenen Assecuranzverbindlichkeit aus den Bestimmungen in Art. 6 der allgemeinen Policebedingungen herleiten will, so ist dies grundlos.

Allerdings bildet nach Absatz 1 dieses Artikels die Angabe des Schiffes und Schiffers, mit welchem die zu versichernde Waare reisen soll, ein Erforderniß des Versicherungsantrages — wenngleich nicht die erklärte conditio sine qua non seiner Gültigkeit, und inwieferne im vorliegenden Fall die fraglichen Schienen den Wasserweg von Rotterdam bis Pesth der Natur der Sache nach nicht auf ein und demselben (Rhein-) Schiffe, sondern nur auf verschiedenen, successiv zu betrachtenden Fahrzeugen zurücklegen konnten und sollten, hätte, die Möglichkeit hierzu vorausgesetzt, die Benennung auch der weiteren, von Biebrich aus zu ihrem Transport zu verwendenden Main-, Canal- und Donauschiffe, sowie deren Eigenthümer oder Führer in den Versicherungsantrag gehört. Da aber Beklagte die von dem Kläger eingereichten, nur die Namen der Rheinschiffe und deren Eigenthümer resp. Capitäne enthaltenden Versicherungsanträge [15, 16] wissentlich und pure angenommen und genehmigt hat, so kann sie, ohne der Replik des dolus zu begegnen, hintennach aus dem Mangel der weiteren, an sich erforderlich gewesenen Angaben keinen Grund herleiten, um sich ihrer Verbindlichkeit zu entziehen.

Vergl. Pöhls, Assecuranzrecht, Thl. I. § 584 S. 198.

Zwar versucht Beklagte die Sache so zu deuten, als hätten die verschiedenen, durch die nothwendigen Umladungen der Waare bezeichneten Abschnitte der Reise eben so viele Einzelreisen dargestellt und will daraus die unbedingte Nothwendigkeit der Benennung der für jede dieser Reisen gewählten Fahrzeuge beziehungsweise den Wegfall des aus der Annahme der Versicherungsanträge [15, 16] erflossenen Präjudizes herleiten. Allein dies ist unrichtig. Denn wäre die Auffassung der Beklagten begründet, so würde für jede der angenommenen Einzelreisen ein neuer Versicherungsantrag und Vertragsabschluß nothwendig gewesen sein, was doch Beklagte selber nicht zu behaupten gewagt hat und womit der klare Wortlaut der von ihr genehmigten Versicherungsanträge [15, 16] im Widerspruche stehen würde, welchem nach sie die Gefahr der Reise von Rotterdam bis Pesth definitiv übernommen hat.

Beklagte beruft sich jedoch weiter auf die Bestimmungen in Absatz 2 des cit. Art. 6, wonach dem Versicherten die Pflicht zur nachträglichen Anzeige solcher Umstände obliege, deren zur Zeit des Versicherungsantrages mangelnde Kenntniß ihm später geworden — eine Pflicht, deren Erfüllung Kläger, unerachtet er hierzu im Stande gewesen wäre, unterlassen und damit seinen Schadensanspruch verwirkt habe.

Allein auch diese Argumentation kann für begründet nicht erachtet werden. Denn Absatz 2 des allegirten Artikels constituirt keineswegs schlechthin eine Pflicht des Versicherten zu Anzeigen der fraglichen Art, am allerwenigsten unter dem Präjudiz des Erlöschens seiner policemäßigen Ansprüche. Der fragliche Artikel sagt vielmehr in seinem 2. Absatz nur so viel, daß, unerachtet des Mangels solcher Angaben, welche nach Absatz 1 für den Versicherungsantrag erfordert werden, die Versicherung dennoch abgeschlossen werden könne, unter der Bedingung des Nachbringens jener fehlenden Angaben. Daß aber Beklagte die in Frage stehenden Schienenversicherungen solchergestalt bedingt, unter dem Vorbehalt der nachträglichen Bekanntgebung der verschiedenen Schiffe und Schiffer, welchen die Waaren im Verlauf der Reise verladen werden würde, übernommen oder mindestens nur die desfallsige Anzeige dem Kläger zur Pflicht gemacht habe, hat dieselbe weder zu behaupten vermocht, noch ergiebt sich dies aus dem Wortlaut der von ihr genehmigten Versicherungsanträge. Die Anwendbarkeit der fraglichen, in Art. 6 Absatz 2 enthaltenen Bestimmungen auf die im vorliegenden Fall als bedingungslos abgeschlossen zu betrachtenden Schienen-Versicherungen erscheint somit von selber ausgeschlossen.

Es kann sich hiernach nur höchstens noch darum fragen, ob — bei dem Abgang einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung — dem Kläger die Pflicht zu den geforderten Anzeigen etwa schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen obgelegen habe und zwar mit der Wirkung des Erlöschens seiner Ansprüche im Fall deren Nichterfüllung.

Nach gemeinem Recht haben nun allerdings die beiden Sätze unzweifelhafte Geltung — und dies, aber auch mehr nicht, ist in den von der Beklagten citirten zahlreichen Prujudicaten ausgesprochen — nämlich:

„Daß der Versicherte alle Umstände, welche auf den Entschluß des Versicherers, die Gefahr zu übernehmen, von Einfluß sein können und welche demselben nicht ohnehin schon bekannt sind resp. bekannt sein müssen, anzugeben verpflichtet ist, das wissentliche Verschweigen solcher Umstände aber den Vertrag vernichtet,"

und

„daß der Versicherte, so weit es ihm möglich, verbunden ist, dem Versicherer von dem nachträglichen Eintreten solcher Umstände, welche für diesen eine Vergrößerung des Risiko bedingen, Anzeige zu machen.

Vergl. Mittermaier, Privatrecht, Bd. 7. §. 302, 305.
Pöhls, l. c. Thl. II. S. 553, 554.

Allein es lassen sich die thatsächlichen Verhältnisse des vorliegenden Falles mit Grund weder unter den einen noch den andern dieser Rechtssätze subsumiren. Denn von einem möglichen Einfluß der nachträglichen Namhaftmachung der verschiedenen Umlade-Schiffe und Schiffer auf den Entschluß der Beklagten zur Uebernahme der Gefahr kann selbstverständlich keine Rede mehr sein, nachdem diese Gefahr von ihr bereits vorher und zwar bedingungslos übernommen worden war, ganz abgesehen davon, ob überhaupt den Namen der auf den Binnengewässern fahrenden Schiffe und ihrer Eigenthümer die gleiche Bedeutung für den Versicherer beigelegt werden könnte, welche sie bei den Seeschiffen zur individuellen Kennzeichnung des Fahrzeuges, seiner Güte und Bemessung des demselben zu schenkenden Vertrauens haben.

Was dagegen die Vermehrung des Risikos durch die stattgehabten Umladungen der Schienen in die verschiedenen Main- und Donauschiffe betrifft, so kommt zunächst in Betracht, daß die Nothwendigkeit dieser Umladungen der Beklagten bekannt waren, resp. bekannt sein mußten, auch deßhalb ihr nicht erst besonders angezeigt zu werden brauchten,

Pöhls, l. c. Thl. II. S. 552 sub 2.

da bekanntlich die großen Rheinschiffe nicht durch den Main und den Donau-Main-Canal in die Donau fahren können. Es vermag aber in dem stattgehabten Wechsel der Fahrzeuge an sich, deren Tauglichkeit vorausgesetzt, eine Vermehrung des Risiko überhaupt nicht gefunden zu werden, während gegen die Nachtheile einer möglichen Untauglichkeit

der von dem Kläger oder seinen Repräsentanten gewählten Schiffe Beklagte, abgesehen von etwaigen Vertragsbestimmungen, schon durch den anerkannten, aus der Natur des Versicherungsvertrages sich ergebenden Rechtssatz geschützt war, daß alle durch die Versehen des Versicherten oder der Schuld seiner Vertreter bedingten oder vermehrten Gefahren von dem Versicherer nicht zu tragen, daher entstandene Schäden nicht zu ersetzen sind.

Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes war somit die in Frage stehende Anzeigepflicht Klägers gleichfalls nicht begründet.

Beklagte versucht zwar noch — freilich erst in der Duplik — die Frage der Rückversicherung jener Schienentransporte, als welche ihr in Folge der Unkenntniß der Namen der betreffenden Transportschiffe und Schiffer unmöglich gewesen sei, hierher zu beziehen, jedoch gleichfalls ohne Grund, wie sich dies aus den weiter unten folgenden Erörterungen zu D ergeben wird.

Die Einrede des verwirkten Ersatzanspruches, soweit dieselbe auf die unterbliebene Namhaftmachung der zum Weitertransport der Schienen benutzten Main- und Donauschiffe gestützt erscheint, erweist sich hiernach als unbegründet und verwerflich.

Dasselbe gilt

zu B von dem hier zur Begründung der nämlichen Einrede hervorgehobenen Umstand.

Kläger leugnet, daß die fraglichen Schienentransporte den Wasserweg verlassen haben und theilweise zwischen Biebrich und Bamberg mit der Eisenbahn expedirt worden seien. Allein auch die Wahrheit dieser Thatsache vorausgesetzt, würde daraus immerhin nicht die Verwirkung des klägerischen Schadensanspruches zu folgern sein.

Es kann die Behauptung der Beklagten für zutreffend nicht erachtet werden, daß die Versicherung der fraglichen Schienen für den Transport auf dem Wasserweg und nur auf dem Wasserweg von Rotterdam bis Pesth abgeschlossen worden sei.

Die als maßgebende Vertragsurkunden zu betrachtenden Versicherungsanträge [15] [16] in Verbindung mit der derselbe zur Grundlage dienenden Jahrespolice [4] ergeben eine solche exclusive Wegbestimmung nicht, wenn schon anerkannt werden muß, daß bei Feststellung der, auf der mehrerwähnten Seperatübereinkunft beruhenden

Prämiensätze der Wasserweg von Rotterdam bis Pesth maßgebend gewesen ist. Indessen angenommen auch, die Versicherung habe auf den Wasserweg ausdrücklich gelautet, so vermöchte der behaupteten Abweichung von demselben dennoch nicht die, von der Beklagten unterstellte, vertragaufhebende Wirkung beigelegt zu werden.

Es ist zwar richtig, daß bei Seeversicherungen jedes freiwillige, nicht durch einen Nothstand gerechtfertigte Verlassen des vorgezeichneten Weges die Verbindlichkeit des Versicherers aufhebt. Allein es muß, bei dem Mangel einer bestimmten Gesetzesvorschrift, billig Anstand genommen werden, die strengen Grundsätze des auf ganz andere Verhältnisse berechneten von weitaus verschiedenen thatsächlichen Voraussetzungen ausgehenden Seeversicherungs-Rechtes ohne Weiteres auf Flußversicherungen anzuwenden. Es scheint vielmehr im Sinne gemeingültiger Rechtsnormen gerechtfertigter, der willkürlichen Veränderung der Reise eine den Vertrag afficirende Wirkung nur insofern beizulegen, als dadurch die Lage des Versicherers verschlimmert, die Gefahr für denselben vergrößert wird.

Vergl. Preuß. Landrecht, Thl. II. Tit. 8. § 211.
Mittermaier, l. c. § 306, S. 114.

Diese Voraussetzung trifft aber in dem vorliegenden Falle nicht zu. Denn Kläger, indem er den Wasserweg verkürzte dadurch, daß er die Schienen eine Strecke weit mittelst der Eisenbahn beförderte, verminderte im Gegentheil die von der Beklagten nur für die Wasserreise übernommene Gefahr. Es gereichte somit diese Abweichung von dem vertragsmäßig festgestellten Transportwege, falls eine solche in der That stattgefunden haben sollte, der Beklagten entschieden zum Vortheil und kann dieselbe deshalb keinen Grund zur Aufhebung ihrer Verbindlichkeit daher ableiten.

Zu C. Die Verwendung eines tauglichen Schiffes von Seiten des Versicherten bildet unzweifelhaft ein erstes Erforderniß für den Rechtsbestand des Entschädigungsanspruches. Dies ergibt sich schon aus dem oben erwähnten Rechtssatz, daß die eigene Versehen des Versicherten, somit auch seine culpa bei Auswahl des Transportmittels, dem Versicherungsanspruch präjudiciren. Ueberdies ist aber das Erforderniß tauglicher Fahrzeuge in den allgemeinen Policebedingungen ausdrücklich hervorgehoben und bestätigt (vergl. Art. 6 und 8).

Es kann sich indessen hierbei offenbar nicht um eine, von dem absoluten Standpunkt des Technikers aus zu beurtheilende, somit den höchsten Anforderungen entsprechende Tauglichkeit des Schiffes handeln, es muß vielmehr eine, unter Berücksichtigung der obwaltenden Verhältnisse, nach dem relativen Maßstab der Ortsüblichkeit zu bemessende Tüchtigkeit des Fahrzeuges genügen. Denn Mehr fordern hieße jede Sicherheit des Assecurirten aufheben und ihn dem Dilemma aussetzen, entweder den Transport seiner Waaren auf einem gegebenen Strombette ganz zu unterlassen, oder aber denselben nur auf die Gefahr einer Verwirkung seiner eventuellen Schadensansprüche auszuführen, wenn die vorhandenen Schiffe zwar der örtlichen Ansicht und Uebung nach zum Transport völlig geeignet und tüchtig sind, dagegen die Wahrscheinlichkeit oder wenigstens Möglichkeit vorliegt, daß dieselben von dem mit den Fortschritten des Schiffbaues anderwärts vertrauten Techniker als ungenügend und untauglich erklärt werden möchten.

Nun hat aber Beklagte, wie Kläger dies mit Recht hervorgehoben, nicht sowohl die individuelle Tüchtigkeit des Ziegler'schen Schiffes bestritten, als vielmehr, gestützt auf die Gutachten [23, 24], die Untauglichkeit der ganzen Gattung von Donau-Ruderschiffen, zu welcher das Fahrzeug des Ziegler (mag diesem nun der Namen Plätte oder Zille gebühren) gehörte. Unter diesen Umständen hätte aber Beklagte jedenfalls angeben müssen, daß und welche andere aus Holz gebauten Schiffe die Donau befahren, die besser und zum Schienentransport geeigneter seien, als diejenigen von der Gattung des Ziegler'schen Schiffes und welcher sich Kläger hätte bedienen können. Hierzu wäre um so mehr Veranlassung gewesen, als die den seinigen entgegengesetzten, denselben an Glaubwürdigkeit jedenfalls nicht nachstehenden, vom Kläger producirten Gutachten und Bescheinigungen [56 bis 61] nicht nur die Tauglichkeit der fraglichen Ruderschiffe überhaupt darthun, sondern auch dieselben als die zum Transport von Schienen und ähnlichen Lasten gemeinüblichen bezeichnen. Beklagte hat jedoch derartige Angaben nicht gemacht, unerachtet sie hierzu, nach Maßgabe der in ihrer Schlußerklärung entwickelten Kenntniß von der Specialität der Donauschifffahrt, sehr wohl im Stande sein mußte. Bei dieser Sachlage kann daher auf ihre Verabredung der Tauglichkeit des vom Kläger für seinen Schienentrans-

port benutzten Ziegler'schen Schiffes um so weniger Rücksicht genommen werden, als aus der auf Seite 98 der Schlußerklärung enthaltenen Bemerkung: „die Schifffahrt auf der Donau sei noch in der Kindheit, die Schiffe würden noch gerade so gebaut, wie vor Jahrhunderten" mit Grund zu entnehmen ist, daß die Gesammtheit der auf der Donau verwendeten Transportschiffe nach ihrer Bauart den Leistungen nicht entspricht, zu welchen anderwärts die Schiffbaukunst sich bis heute emporgeschwungen hat, die gerügte Untauglichkeit der dort üblichen Ruderschiffe, somit auch des Ziegler'schen Fahrzeuges, daher in der That als eine nur relative und zwar, weil der Gattung anhaftend, ganz allgemeine, dem Kläger deshalb nicht präjudicirende ist — eine Untauglichkeit, welche indessen die Beklagte trotz ihrer Kenntniß hiervon nicht abgehalten hat, die Versicherung der klägerischen Schienen zum Transport auf der Donau zu übernehmen!

Zu D. Daß das Schiff des Ziegler mit einem Schienenquantum von 3554 Wiener Centnern belastet gewesen, ist unbestritten; Kläger läugnet jedoch, daß damit eine Ueberladung des Schiffes stattgefunden habe. Da in dieser Verabredung nicht, wie Beklagte meint, ein Zugeständniß der behaupteten Thatsache zu erfinden ist, insofern das Läugnen der Ueberladung implicite die Behauptung einer dem verladenen Gewicht entsprechenden Tragfähigkeit des Fahrzeuges enthält, so ist mit Rücksicht darauf, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 13 der allgemeinen Bedingungen die Wahrheit jener Thatsache jeden Entschädigungsanspruch Klägers ausschließen würde, auf deren Beweis zu erkennen.

Zwar wendet Kläger ein, daß immerhin nur eine mit seinem Vorwissen erfolgte Ueberladung ihm schaden könne, eine desfallsige Wissenschaft ihm aber von der Beklagten gar nicht imputirt worden sei. Allein dieser Einwand trifft nicht zu. Denn nicht nur seine eigene, sondern auch die Wissenschaft seiner, mit der Umladung der Schienen auf das Ziegler'sche Schiff betraut gewesenen Repräsentanten, der Handelsleute Lindt und Widmann zu Kehlheim, würde dem Entschädigungsanspruch Klägers präjudiciren.

Pöhls, l. c. Thl. I. § 614, S. 314.

Daß aber die Ueberladung des Ziegler'schen Schiffes, falls eine solche stattgefunden haben sollte, ohne Wissen und Zuthun der ge-

nannten Vertreter Klägers erfolgt oder überhaupt möglich gewesen sei, ist weder der Natur der Sache nach anzunehmen, noch von dem Kläger behauptet worden.

Bezüglich der zum Beweis zu verstellenden Thatsache ist jedoch noch das Folgende in Betracht zu ziehen.

In ihrer Vernehmlassung hat Beklagte der in Rede stehenden Behauptung die Bemerkung beigefügt: zu der an sich übermäßigen Belastung des Ziegler'schen Schiffes komme noch hinzu, daß Kläger in Folge der Zuschrift vom 1. Juli 1857 [25] gewußt habe, daß sie, Beklagte, auf der Donau nur fl. 12,000 für eigene Rechnung in Versicherung behalte, für den etwaigen Mehrbetrag einer Ladung aber durch Rückversicherung sich decke; der Werth der dem Schiffer Ziegler verladenen Schienen habe aber fl. 33,000 betragen.

Die hieraus von der Beklagten gezogene Schlußfolgerung geht dahin, daß Kläger, um ihr die Rückversicherung des ihren Maximalsatz übersteigenden Schienenquantums zu ermöglichen, zur Anzeige des Gewichtes der fraglichen Schiffsladung verpflichtet gewesen wäre; nicht aber hat Beklagte aus jener Thatsache das gefolgert, daß Kläger bei Befrachtung des Ziegler'schen Schiffes die Pflicht gehabt habe, das durch jenen Maximalsatz von fl. 12,000 bedingte Gewicht von 1333 Centner einzuhalten.

Wenn nun Beklagte in ihrer Schlußerklärung die Sache so darzustellen sucht, als involvire jeder, den für sie maßgebenden Maximalsatz von fl. 12,000, resp. 1333 Ctr. übersteigende Frachtbetrag schon an und für sich eine Ueberladung des Fahrzeuges, so ist dies unzulässig und grundlos. Unzulässig, weil es bei der, der fraglichen Einrede in der Vernehmlassung gegebenen Motivirung und thatsächlichen Begründung sein Verbleiben behalten muß; grundlos aber, weil der Inhalt des Briefes [25] — der ohnehin nur eine für den Geschäftsbetrieb der Beklagten geltende, in ihrer Anwendung der Modification auf dem Wege der Vereinbarung fähige Normativbestimmung, sei es aus welcher Veranlassung immer, zur Kenntniß Klägers brachte — niemals, weder ausdrücklich noch stillschweigend, zum Werth einer Vertragsbestimmung bezüglich der in Rede stehenden Schienentransporte erhoben worden ist.

Der Beweis der behaupteten Ueberfrachtung wird hiernach ausschließlich in der Richtung zu erbringen sein, daß das Gewicht von 3557 Wiener Centner das Maß der Tragfähigkeit des Ziegler'schen Schiffes überschritten habe.

Was aber jene, oben erwähnte, Schlußfolgerung der Beklagten aus der Bekanntschaft Klägers mit dem ihr zur Richtschnur dienenden Donau-Maximalsatz betrifft, so erweist sich dieselbe, sammt allen weiter daher abgeleiteten Consequenzen, als grundlos. Denn nach Maßgabe der in den Vertragsurkunden [3, 4, 15, 16] enthaltenen Bestimmungen war Kläger an die Einhaltung eines Limitums bei Belastung eines und desselben Schiffsbodens — die Nichtüberschreitung von dessen Tragfähigkeit als selbstverstanden vorausgesetzt — nicht gebunden worden, weder im Allgemeinen, noch insbesondere rücksichtlich des Transportes auf der Donau. Kläger konnte daher, ohne den übernommenen Vertragsverbindlichkeiten zuwider zu handeln, die Donauschiffe und so auch das von ihm zum Schienentransport benutzte Ziegler'sche Fahrzeug bis zum vollen Betrag seiner Tragfähigkeit belasten. Die Frage der Rückversicherung der Beklagten für den ihren usuellen Maximalsatz überschreitenden Betrag der Ladung lag dagegen gänzlich außerhalb des zwischen Kläger und der Beklagten bestehenden Vertragsverhältnisses. Ob und in welchem Umfang Beklagte eine Rückversicherung nehmen wolle und könne, war lediglich ihre, jeder berechtigten Einwirkung Klägers entzogene Sache. Kläger hatte daher auch keine Rechtspflicht, die Aufmerksamkeit der Beklagten unaufgefordert auf Thatsachen — wie die Größe des dem Schiffer Ziegler verladenen Schienenquantums — zu lenken, deren Kenntniß auf ihren Entschluß, sich für einen Theil des übernommenen Risiko's durch Rückversicherung zu decken, von Einfluß sein mochte, ebensowenig aber für die Herstellung der Vorbedingungen thätig zu sein, welche die Ausführung solchen Entschlusses ermöglichten. Kläger hatte in diesen Beziehungen das Interesse der Beklagten nicht zu wahren. Das Unterlassen einer unaufgeforderten Anzeige von dem Betrag des dem Schiffer Ziegler verladenen Schienenquantums kann daher dem Kläger unter allen Umständen, auch inwiefern er von dem mehrerwähnten Donau-Maximalsatz der Beklagten Wissenschaft gehabt haben sollte, nicht präjudiciren, am allerwenigsten aber den damit

außer allem Zusammenhang stehenden Versicherungsvertrag afficiren. Daß aber Beklagte den Kläger zu irgend welcher Zeit nach jenem Befrachtungsverhältniß gefragt, Kläger dasselbe verheimlicht oder unrichtig angegeben habe, ist von ihr nicht behauptet worden.

6. Die von der Beklagten eventuell aufgestellten Proportional-Schadensberechnungen bedürfen keiner einläßlichen Beurtheilung. Der geforderte Schadensbetrag übersteigt nicht die Versicherungssumme, concurrirende Versicherungen liegen nicht vor, der von der Beklagten als entscheidend für den Umfang ihrer Schadenersatzpflicht geltend gemachte Donau-Maximalsatz ist gezeigter Maßen ohne Einfluß auf die klägerische Entschädigungsforderung und somit fehlt jeder erkennbare Grund für die Annahme einer nur ratirlichen Verhaftung der Beklagten für den entstandenen Schaden. Es bleibt vielmehr eintretenden Falles die nach Abschnitt 4 oben auf fl. 18,100. 47 kr. festgestellte Schadenssumme unverkürzt zu Lasten der Beklagten.

7. Verzugszinsen können dem Kläger nach Lage der Sache, unter Berücksichtigung des Schlußsatzes in Art. 18 der allgemeinen Bedingungen, sowie des weiteren Umstandes, daß es lediglich an ihm gelegen, schon früher als geschehen, beziehungsweise sofort nach der am 15. October 1858 fruchtlos erfolgten Mahnung der Beklagten mit der Klagerhebung vorzugehen, nicht zuerkannt werden. Dagegen unterliegt die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Prozeßzinsen keinem rechtlichen Bedenken.

8. Der Ungrund der Widerklage, soweit dieselbe auf Zahlung der Prämie für die nicht zur Versicherung gelangten 230,000 Ctr. Schienen gerichtet ist, ergibt sich schon aus der Darlegung der Natur und Tragweite des in Betracht kommenden Vertragsverhältnisses, wie solche in Abschnitt 1 dieser Entscheidungsgründe enthalten ist.

Eine Verpflichtung des Widerbeklagten, das Quantum von 270,000 Ctr. Schienen und Laschen wirklich zur Versicherung zu bringen, war so wenig durch die den ermäßigten Prämiensatz betreffende Uebereinkunft, als dadurch begründet worden, daß Widerbeklagter, vielleicht ungerechtfertigter Weise, die Anwendung jenes Prämiensatzes auf die zur Versicherung angemeldeten 4000 Ctr. Schienen begehrte und erzielte; am allerwenigsten enthielt aber jene den Prämiensatz

regelnde Uebereinkunft schon den Versicherungsabschluß bezüglich der 270,000 Ctr.

Wäre dies aber auch der Fall gewesen, so würde demungeachtet der erhobene Anspruch grundlos sein. Denn nach den im Versicherungsrecht geltenden Grundsätzen gehört zur Perfection des Vertrages die reelle Uebernahme der Gefahr von Seiten des Versicherten dergestalt, daß im Falle der unterbleibenden Reise die Assecuranz als aufgehoben zu betrachten und der Versicherer zur Rückgabe der bereits eingehobenen Prämie verpflichtet ist.

Pöhls, l. c. § 631, S. 432.

Im vorliegenden Fall ist aber eine Gefahr für die gar nicht zur Versicherung angemeldeten 230,000 Centner Schienen von der Widerklägerin nicht getragen worden, zudem eine entsprechende Abmeldung der Versicherung, insoweit es einer solchen von Seiten des Widerbeklagten bedurfte, mit dessen Brief vom 18. September 1858 [62, 98] beziehungsweise der an dessen Schluß enthaltenen Anzeige, daß mit den bis dahin stattgehabten Anmeldungen von Schienen die Versicherungen derartiger Transporte beendet seien, erfolgt und zwar rechtzeitig, da unbestrittener Maßen für die Versicherung des Gesammtquantums von 270,000 Centner die Jahre 1858 und 1859 übereinkunftmäßig festgestellt waren.

Muß unter diesen Umständen der erhobene Prämienanspruch unbedingt verworfen werden, so bleibt doch von der deßfallsigen Entscheidung die weitere, dermalen nicht in Anregung gebrachte Frage unberührt: ob — da der ermäßigte Prämiensatz nur für die in Aussicht gestellt gewesene Versicherung eines Quantums von 270,000 Centner bewilligt worden war — Widerklägerin, nachdem der größte Theil dieses Quantums nicht zu Versicherung gelangt ist, eine Nachzahlung auf die dem Widerbeklagten für die versicherten 40,000 Centner Schienen in Rechnung gestellten Prämien und zwar bis zur Höhe deren tarifmäßigen Betrages fordern könne? — eine Frage, die der Widerklägerin zur Geltendmachung in separato soweit sie damit auszulangen gedenkt, vorbehalten bleibt.

Was aber die aufgewendeten Rettungskosten betrifft, deren Ersatz den weiteren Gegenstand der Widerklage bildet, so ist für diesen Anspruch die Vorklage insoweit präjudiciell, als im Falle der Verur-

theilung der Beklagten, bei somit erklärtem Rechtsbestand des von ihr mit dem Kläger abgeschlossenen Versicherungsvertrages, Widerklägerin den Ersatz der in ihrem eigenen Interesse zur Rettung der Schienen beziehungsweise Abwendung ihrer Verhaftung für deren Werth aufgewendeten Kosten selbstverständlich nicht verlangen kann, zumal dieselbe ja nach Art. 1 der allgemeinen Bedingungen sogar ihrerseits den Betrag der vom Versicherten mit Erfolg aufgewendeten Rettungskosten vergütet.

Im Falle der Klagabweisung kommt dagegen das Folgende in Betracht.

Es kann keinen Zweifel leiden, daß Widerklägerin, als sie unaufgefordert die, theilweise mit Erfolg gekrönten Versuche zur Rettung der versunkenen Schienen unternahm, in der Voraussetzung ihrer Haftbarkeit für deren Werth und in der Absicht, den daher drohenden Schaden von sich abzuwenden, handelte, daß sie daher insoweit bei Vornahme der Rettungsversuche lediglich ihre eigenen Geschäfte und nicht — wie es doch in der That der Fall war — die des Widerbeklagten besorgte beziehungsweise zu besorgen glaubte, deshalb aber Letzteren, bekannten Rechtsgrundsätzen zufolge, nicht ex negotiorum gestione für die aufgewendeten Kosten in Anspruch nehmen kann. Da indessen nach der klaren Vorschrift in

l. 6. § 3, Dig. de neg. gest. (3, 5)

in einem Falle der Art doch immerhin insoweit auf Ersatz der gemachten Aufwendungen geklagt werden kann, als der eigentliche dominus negotii dadurch bereichert worden ist, so wird eventuell der Widerklägerin der Anspruch auf Erstattung der für die Rettung der geborgenen 429 Schienen aufgewendeten Kosten, vorbehältlich deren Liquidation beziehungsweise des Beweises, daß dieselben die angegebene Summe von fl. 3554. 23 kr. oder wieviel weniger betragen haben, zuzuerkennen sein, da die vage, der nöthigen Specialisirung und Begründung entbehrende Behauptung des Widerbeklagten, Widerklägerin habe zum Zweck der Rettung der Schienen viele unnöthige Kosten gemacht, keine rechtliche Beachtung finden kann.

Hiernach wird zu Recht erkannt:

I. Unter Verwerfung der erhobenen Widerklage ist Beklagte verurtheilt, den Werth der am 12. September 1858 bei

Mölk an der Donau havarirten Schienen mit fl. 18100. 47 kr. sammt Zinsen zu 5 % vom Tage der mitgetheilten Klage (17. Mai 1859), dem Kläger binnen 14 Tagen zu zahlen, auch demselben 6/7 der in der Vor- und Widerklage entstandenen Streitkosten zu ersetzen, sie wollte und könnte denn binnen gleicher Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darthun:

„daß das zum Transport der Schienen auf der Donau verwendete Schiff des Jos. Ziegler im Verhältniß zu dessen Tragfähigkeit überladen gewesen sei."

II. Erbringt Beklagte diesen Beweis, so ist Kläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe gewiesen und hat Widerklägerin, unter Abweisung mit dem auf Zahlung eines Prämienbetrages von fl. 28,566 gerichteten Anspruches, im Uebrigen binnen vorzuberaumender Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun:

„daß die zur Rettung der geborgenen 429 Schienen von ihr aufgewendeten Kosten fl. 3554. 23 kr. oder wieviel weniger betragen haben",

worauf alsdann in der Widerklage, sowie der Kosten der Vor- und Widerklage wegen, weiter erkannt werden soll, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 10. Novbr. 1862.

(Rechtsfacultät Bonn.)

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Formalien der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, auch Materialien anlangend, wie hiermit geschieht, zwar die erste, zweite, dritte, vierte, und sechste Beschwerde der Klägerin, sowie die erste, dritte, vierte, fünfte und Theil I der sechsten Beschwerde der Beklagten, als unbegründet zu verwerfen, übrigens aber unter Aufhebung des am 14. August v. J. ergangenen stadtgerichtlichen Erkenntnisses, die Klägerin mit

ihrer Vorklage und die Beklagte mit ihrer auf Nachzahlung von fl. 28,566 Prämie gerichteten Widerklage, gänzlich abzuweisen sind. Würde dagegen die Beklagte und Widerklägerin binnen einer vom Stadtgerichte anzuberaumenden Frist, der Widerbeklagten Gegenbeweis vorbehältlich, wie Recht erweisen:

daß sie für Rettung der aus der Donau bei Mölk wieder herausgebrachten 341, resp. der brauchbar befundenen 429 Schienen die Summe von fl. 3554. 23 kr., oder wieviel weniger aufgewendet habe,

so ergeht wegen dieses Aufwandes sowohl in der Hauptsache, als der künftigen Kosten halber weiter was Rechtens. Die bisherigen Kosten erster und zweiter Instanz werden, mit Ausnahme der von der Beklagten allein zu tragenden Kosten dieser Aktenversendung, durchweg gegeneinander aufgehoben.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 27. Februar 1864.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das beim Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 10. November 1862 aufzuheben und dagegen das des Stadtgerichts vom 14. August 1861 im Uebrigen wieder herzustellen, die der Beklagten darin nachgelassene Beweise aber in Wegfall zu bringen seien.

Die Kosten der vorigen Instanz mit Ausnahme der von der Beklagten allein zu tragenden Kosten der Aktenversendung werden durchgängig, die der gegenwärtigen dagegen nur zur einen Hälfte compensirt, wogegen die andere Hälfte von der Beklagten dem Kläger zu erstatten ist;

und wird nunmehr die Sache an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Von den Streitpunkten, welche den Gegenstand der Entscheidung in den beiden vorigen Instanzen gebildet haben, hat die Beklagte zwei nicht weiter anher verfolgt, nämlich:

1. ihre Widerklage, soweit sie gerichtet ist auf Nachzahlung der Prämien für die weiteren 230,000 Centner Schienen und Laschen, welche, wie sie meint, der Kläger vertragsmäßig zur Versicherung bei der Beklagten hätte bringen müssen.

Dieser ganz selbstständige Anspruch ist nämlich in beiden vorigen Instanzen als völlig unbegründet verworfen und dawider von der Beklagten nicht anher appellirt worden. Dies ergibt sich zunächst schon daraus, daß sie ihre hierselbst eingeführte Appellation als eventuelle bezeichnet, welche nur für den Fall ergriffen sei, daß das Ober-Appellationsgericht die Einrede, aus welcher das Appellationsgericht die Klage verworfen habe, anders beurtheilen sollte. Denn die obige Widerklage würde in Betracht kommen, man mag jene Einrede beurtheilen, wie man wolle. Freilich führt Beklagte im Eingange ihres Libells als Grund ihrer eventuellen Appellation näher an, daß von ihren in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden, die erste, dritte, vierte, fünfte und der erste Theil der sechsten in dem decisiven Theile des vorigen Erkenntnisses für verwerflich erklärt seien, und den ersten Theil der sechsten bildet eben die Verwerfung der obigen Widerklage. Allein ihre am Schlusse der Einleitung wieder als eine eventuelle bezeichnete Beschwerde, daß das Appellationsgericht nicht den aufgestellten Beschwerden gemäß reformirt habe, specialisirt sie durch Aufstellung von drei Beschwerden, deren keine die Verwerfung des ersten Theils der sechsten Beschwerde voriger Instanz zum Gegenstand hat, und das Schlußpetitum geht nur dahin, „den oben aufgestellten eventuellen Beschwerden gemäß zu erkennen." — Könnte man hiernach aber auch die Verwerfung des obigen Theils der Widerklage als Gegenstand der Appellation betrachten, so würde das vorige Urtheil doch insoweit unbedenklich aus dessen Gründen zu bestätigen sein.

2. Ein zweiter nicht anher erfolgter Streitpunkt ist die Einrede der sogenannten Deviation, d. h. des theilweisen Landtrans-

ports der versicherten und untergegangenen Schienen. Die Verwerfung dieser Einrede bildet nämlich einen Theil der zweiten Beschwerde in voriger Instanz, daß der Entschädigungsanspruch des Klägers nicht für verwirkt erklärt sei. Nun bezeichnet die Beklagte aber schon im Eingange ihres Libells als fernere Veranlassung ihrer eventuellen Appellation nur, daß die zur anderweiten Begründung der zweiten Beschwerde dienenden Einreden

a) der Wahl eines untauglichen Schiffes und

b) der Ueberlastung derselben

in den Entscheidungsgründen als unbegründet bezeichnet seien, und auch in dem aufgestellten speziellen Grav. 1 ist neben der Verwerfung der Einrede der plus petitio ratione temporis nur die jener beiden Einreden als Gegenstand der Beschwerde bezeichnet worden, und kommt auch hier überdies die ad 1 bereits hervorgehobene Fassung des Schlußpetitums in Betracht.

II. Von der abseiten beider Theile wirklich aufgestellten Beschwerden kommt

A. zuerst in Betracht Grav. I. des Klägers über die von den vorigen Richtern erkannte Abweisung der ganzen Klage auf Grund der Einrede der unterlassenen Anzeige der Namen der Schiffe und der Schiffer, mit welchen die versicherten Schienen auf dem Main, dem Ludwigscanal und namentlich von Kehlheim aus auf der Donau befördert worden seien.

Dieser Beschwerde mußte aber stattgegeben werden.

Es fragt sich hier

1. War der Kläger verpflichtet, die von der Beklagten verlangten Anzeigen zu machen?
2. Welche Folgen sind eventuell der Nichterfüllung einer solchen Verpflichtung zu geben?

ad 1 Die Beklagte stützt ihre Einrede zunächst

a) auf den Art. 6 der Police-Bedingungen, welcher überschrieben ist: „Versicherungs-Anträge“ und vorschreibt:

„der schriftlich einzureichende Versicherungs-Antrag muß enthalten

Namen von Schiff und Schiffer, sowie die Fahrstrecke, wofür die Versicherung geleistet werden soll,“

nicht auf den Art. 8 welcher Umladung gestattet; vielmehr gibt sie ausdrücklich zu, daß Umladungen, wie Art. 8 sie im Auge habe, in der Regel gar nicht zur Kenntniß des Versicherten kommen und ebendeshalb ihm aus der Nichtanzeige von Schiff und Schiffer bei diesen kein Nachtheil erwachsen solle. Sie behauptet nämlich, es handle sich im gegenwärtigen Falle gar nicht von Umladungen, sondern jede der verschiedenen Fahrten zum Behuf welcher die Schienen in neue Fahrzeuge gebracht, die von Rotterdam nach Biebrich (Kostheim), von da nach Bamberg, von dort nach Kehlheim und von da weiter, seien besondere Reisen; auf jede derselben leide Art. 6 Anwendung, für jede derselben hätte daher Schiff und Schiffer namhaft gemacht werden müssen. Allein dies ist offenbar irrig. Die Versicherungs-Anträge, durch deren Annahme auf Grund der Jahres-Police die Versicherungsverträge für die fraglichen Schienen perfect geworden sind, gehen nur auf Eine Reise, von Rotterdam nach Pesth Die Prämie ist nur für diese eine ganze Reise bedungen und bezahlt. Daß die versicherten Schienen auf dieser Reise nicht in dem Schiffe verbleiben würden, welches sie in Rotterdam eingenommen hatte, daß sie auf dem Main, im Ludwigscanal und auf der Donau in andere Fahrzeuge kommen würden, war der Beklagten, wie sie das auch nicht leugnen kann, vollkommen bekannt. Indem sie also auf Grund der Versicherungsanträge, so wie geschehen, abschloß, erkannte sie auch ihrerseits, daß es sich nur von Einer Reise handle. War es aber nur Eine Reise, so kann man die zu drei verschiedenen Malen stattgehabte Verbringung der Schienen in andere Fahrzeuge nur als Umladungen im Sinne des Art. 8 auffassen. Auch gibt die Beklagte zu, daß es Umladungen sein würden, wenn nur ein einfacher Wechsel des Schiffsgefäßes eingetreten wäre, dagegen nicht, wenn im vorliegenden Falle eine größere Schiffsladung, wie in Bamberg, auf mehrere kleinere Schiffe vertheilt und wie in Kehlheim geschehn, getrennte Ladungen wieder in einem Schiffe vereinigt würden, oder — was aber erst in der Vernehmlassung dieser Instanz in dieser Richtung geltend gemacht wird, — wenn die Schienen vor ihrer neuen Verladung in Kehlheim längere Zeit auf dem dortigen Stapellager des Klägers gelegen hätten. Allein dies sind ganz willkürliche Distinctionen. Denn

α. ob eine Ladung in eins oder in mehrere Schiffe oder umgekehrt umgeladen wird, kann den Begriff von Umladung nicht ändern.

β. Ebensowenig kann sich im Allgemeinen der Begriff der Umladung nach der Länge oder Kürze der Lagerung auf den Umladeplätzen bestimmen. Ueberhaupt ist die Behauptung, daß die Schienen längere Zeit in Kehlheim gelagert haben, eine erst in zweiter Instanz aufgestellte und völlig unerwiesene.

Nun meint freilich die Beklagte

b) auch wenn es sich nur von Umladungen des Art. 8 handle, sei der Versicherte, wenn er es wisse, Schiffe und Schiffer, worin umgeladen worden, anzugeben schuldig. Allein

α. Der Art. 8, welcher hier zunächst maßgebend ist, enthält von einer solchen Verpflichtung nichts.

β. Aus dem Art. 6 kann aber eine solche Verpflichtung ebenfalls nicht hergeleitet werden. Er schreibt nämlich nur vor, was der schriftliche Versicherungsantrag enthalten muß. Wenn hier auch der Name des Schiffs und des Schiffers gedacht wird, so ist es, auch abgesehen davon, daß hier der Singular gebraucht ist, ohne Weiteres klar, daß damit nur Schiff und Schiffer gemeint sein kann, womit die erste Verladung der zu versichernden Waare erfolge, welche in der Regel ja die einzige ist. Denn unmöglich kann die Meinung die sein, daß der Versicherungs-Antrag bei Reisen, wie die vorliegende, auch die Namen der verschiedenen Schiffe und deren Führer enthalten solle, in welche die Waare bis zu ihrem Bestimmungsorte succesive wird umgeladen werden. Denn dazu wird der Versicherte, zur Zeit, wo er den Antrag gestellt, gewiß nie im Stande sein, während doch der Art. 6 es umgekehrt als in der Regel möglich betrachtet, da er im zweiten Absatze Bestimmungen für den Fall enthält, daß die in Absatz I. vorgeschriebene Namhaftmachung von Schiff und Schiffer ausnahmsweise nicht möglich sein sollte. Sehr erheblich ist hier auch die Vergleichung mit den Police-Bedingungen der Beklagten für die Seefahrt, indem Art. 6 derselben abweichend von den Bedingungen für Flußversicherungen vorschreibt, daß in dem Versicherungsantrage schon erwähnt werden müsse, wenn die versicherte Waare in einem Zwischenhafen in ein anderes Schiff umgeladen

werden solle, allein selbst in diesem Falle keine Namhaftmachung von Schiff und Schiffer verlangt. Denn wenn die Beklagte diesen Unterschied daraus erklären will, daß bei Seeversicherungen der Versicherte die Umladung immer vorher wisse, während sie hier eine unvorhergesehene sei, so ist letzteres bei Fahrten, wie die hier vorliegende, grade nicht der Fall. Auch wird dadurch der Umstand, daß selbst bei Seeversicherungen für Umladungen keine Anzeige von Schiff und Schiffer verlangt wird, gar nicht berührt. Völlig unzutreffend ist es

γ. für die angebliche Verpflichtung zu dieser Angabe den Art. 5 der Bedingungen herbeizuziehen. Wenn es nämlich hier heißt:

> Jede Verschweigung, falsche oder entstellte Angabe, jeder Betrug oder Unterschleif befreien die Gesellschaft . . . . . von aller Verbindlichkeit" . . . . .

so ist klar und wird auch von der Beklagten selbst zugegeben, daß, so allgemein die Worte auch lauten, nicht jede unterlassene Anzeige, auch die des unwesentlichsten Umstandes, die Versicherung hinfällig mache, sondern nur solcher Umstände, die nach vernünftigem Ermessen auf die Beurtheilung der zu übernehmenden Gefahr von Einfluß sind. Hieraus folgt, daß nur eine solche Verschweigung in Betracht kommt, welche sich der Versicherte vor oder bei Abschluß des Assecuranz-Vertrags zu Schulden kommen läßt, und daraus ergibt sich in der Anwendung auf den vorliegenden Fall, daß die unterlassene Angabe von Namen des Schiffs und Schiffers, der, erst nach Abschluß der Assecuranz erfolgten Umladungen in Kehlheim nicht unter Art. 5. fällt und mithin dieser Artikel nicht benutzt werden kann und im vorliegenden Falle eine Anzeigepflicht zu begründen, die gezeigtermaßen in den übrigen Police-Bedingungen keinen Anhalt hat.

Damit ist denn das Hauptargument der vorigen Richter widerlegt, welches auf der völlig unrichtigen Voraussetzung beruht, daß nach Art. 6 der Bedingungen sofort in dem Versicherungsantrage die Schiffe und Schiffer aller künftigen Umladungen namhaft gemacht werden müßten, und daher es für gleichgültig erklärt, daß der nicht angezeigte Umstand erst nach geschlossener Assecuranz eingetreten sei.

c) Mit Unrecht berufen sich die vorigen Urtheilsverfasser auf die Grundsätze des See-Assecuranzrechts als auch für Fluß-Assecuranzen

in diesem Punkte maßgebend. Während nämlich das holländische Handelsgesetzbuch bei See-Assecuranzen verlangt, daß in der Police ausgedrückt werde:

> der Name des Schiffers, der des Schiffes mit Angabe von dessen Art (bei Casca-Versicherungen wird noch mehr gefordert)

Art. 592

verlangt es für Versicherungen gegen die Gefahren des Transportes zu Lande und auf Flüssen und Binnengewässern für die Police nur

> den Namen des Schiffers, des Fuhrmannes, oder des Spediteurs, der den Transport angenommen hat,

fordert also nicht einmal unbedingt den Namen des Schiffers, und gar nicht den des Schiffes.

Art. 686.

Hiernach ist schon anzunehmen, daß es für Umladungen, die unterwegs stattfinden, diese Forderung nicht stellen wird. In der That lauten denn auch die Vorschriften darüber ganz einfach dahin:

> Art. 691. Bei Versicherungen von Gütern, die zu Lande oder auch abwechselnd zu Lande oder zu Wasser transportirt werden müssen, behält die Gefahr für Rechnung des Versicherers ihren Fortgang, selbst wenn die Güter unterwegs in andere Fuhrwerke oder Wasserfahrzeuge übergeladen werden.
>
> Art. 692. Dasselbe findet statt, bei Versicherung von Gütern, welche auf Flüssen oder Binnengewässern transportirt werden müssen, wenn die Güter in andere Fahrzeuge übergeladen werden; es wäre denn, daß die Versicherung auf Güter, in ein bestimmtes Fahrzeug zu verladen geschlossen sei. Selbst in diesem letzteren Falle läuft die Gefahr für Rechnung des Versicherers bei Ueberladung in andere Fahrzeuge fort, wenn solche, um das Fahrzeug bei niedrigem Wasser zu lichten, oder wegen anderer nothwendigen Ursachen geschehen ist."

Zwar meint die Beklagte, dies sei ein singuläres Recht für das so stark von Kanälen durchzogene Holland.

Aber wie sehr sie darin irrt, geht daraus hervor, daß die Gesetz-

gebungen von Württemberg und Preußen diese Bestimmungen in die Entwürfe ihrer Handelsgesetzbücher aufgenommen haben, und zwar Württemberg sämmtlich fast wörtlich

Entwurf Art. 505. 516. 517.

Preußen, dessen Entwurf die Namhaftmachung von Schiff und Schiffer in der Police und zwar im bewußten Gegensatze gegen die Vorschrift des allgemeinen Landrechts II. 8, § 2034. überall nicht fordert, die obigen Bestimmungen über Umladungen ebenfalls beinahe wörtlich

Entwurf Art. 370; vergl. auch Motive dazu S. 206.

d) Besteht nun weder nach den Police-Bedingungen noch auch nach dem allgemeinen Grundsatze des Assecuranzrechts eine Verpflichtung zur Angabe der Umladungen und deren Details, so würde eine solche in concreto auch dann nicht anzunehmen sein, wenn in anderen Fällen von den Parteien geschlossener Versicherungen solche Anzeige von der Beklagten verlangt und vom Kläger gemacht sein sollten. Allein es ist dies auch nicht der Fall.

α. In dem Falle vom Frühling 1857 handelte es sich laut der Correspondenz Nr. 35. und 43. und der Police vom 31. März von der Versicherung von 80,000 Centnern Schienen von Nürnberg nach Preßburg, geladen per Donauschiffe auf dem Ludwigs-Canal.

Es handelte sich hier also, wie auch der Kläger ohne Widerspruch der Beklagten geltend macht, von einer ununterbrochenen directen Verschiffung von Nürnberg nach Preßburg.

Wenn es daher in dem ersten Briefe der Beklagten vom 16. Februar und in der Police, die gar keinen Namen von Schiff und Schiffer enthält, heißt: der Kläger sei verpflichtet, nachdem ihm selbst Mittheilung geworden, der Gesellschaft anzuzeigen, durch welche Schiffe die einzelnen Posten verladen seien, so bezieht sich das auf die Verladungen in Nürnberg, nicht auf Umladungen. Und als der Kläger nach Empfang der Police erklärte, daß er selbst auf das Verlangte nicht eingehen könne, da er die einzelnen Verschiffungen nicht erfahre, — Nr. 45. — hat die Beklagte, nach dem unwidersprochen gebliebenen Anführen des Klägers, sich dabei beruhigt.

β. Ein zweiter Fall ist der vom Jahre 1858, wo nach dem Anführen des Klägers, dieser bei einer bedeutenden Versicherung auf Roheisen von Rotterdam nach Wien ebenso verfahren ist, wie in concreto über die Umladungen keine Anzeige gemacht und gleichwohl die Beklagte den eingetretenen Schaden vergütet hat.

Wenn die Beklagte, welche die Richtigkeit des Faktums anerkennt, ihr Verfahren daraus meint erklären zu können, daß sie in die Verfahrungsweise des damaligen Chefs der klägerischen Firma, des Verwaltungsmitgliedes der Beklagten, volles Vertrauen habe setzen können, so ist das um so weniger zu beachten, als Beklagte an einer andern Stelle gerade das angeblich regellose und willkürliche Verfahren, welches sich die klägerische Firma in der Nichtanzeige der Umladungen im gegenwärtigen Falle erlaubt habe, ebendemselben Verhältnisse zuschreibt.

e) Ebensowenig läßt sich mit den vorigen Richtern annehmen, daß dem Kläger auf Grund des Schreibens der Beklagten vom 1. Juli 1857 — Nr. 25 — im gegenwärtigen Falle, bei der starken Beladung des Schiffers Ziegler, eine besondere Verpflichtung zur fraglichen Anzeige obgelegen habe, um der Beklagten Gelegenheit zu geben, sich für das über ihren, in jenem Schreiben angegebenen Maximalsatz Hinausgehende rückversichern zu lassen. Denn abgesehen davon, daß den Versicherten überall keine Verpflichtung obliegt auf etwaige Reassecuranzen des Versicherers Rücksicht zu nehmen, übersehen die vorigen Richter, daß der Kläger nach der Behauptung der Beklagten nur zur Namhaftmachung von Schiff und Schiffer, nicht aber der Größe der Ladung verpflichtet war, wie denn auch die Beklagte nicht behauptet, daß ihm solche bekannt gewesen sei, daß aber jene bloße Anzeige der Namen nicht wohl die Beklagte hätte veranlassen können, sich reassecuriren zu lassen. Auch erkennen es die vorigen Richter selbst an, daß die unterlassene Anzeige der Namen die Rückversicherung des Risico der Donaufahrt nicht unmöglich gemacht, sondern nur erschwert habe.

War nach der bisherigen Ausführung der Kläger zu der hier fraglichen Anzeige überall nicht verpflichtet, so bedarf es

ad 2. keiner Erörterung, darüber, welche Wirkung die Nichterfüllung einer solchen Verpflichtung, wenn sie bestände, haben würde.

Uebrigens würde auch eventuell in diesem Punkte den vorigen Richtern nicht beigetreten werden können. Denn selbstverständlich hat nicht jeder Verstoß gegen die Police-Bedingungen Nichtigkeit des Vertrags zur Folge, namentlich kein solcher, welcher auf den Abschluß der Versicherung ohne allen Einfluß gewesen ist. Und wenngleich in Gemäßheit des preußischen Entwurfs Art. 626 das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch Art. 281 bei Versicherung von Gütern ohne Bezeichnung des Schiffes die Nichterfüllung der dem Versicherten obliegenden Pflicht der nachträglichen Namhaftmachung des Schiffes den Versicherer von der Haftpflicht entbindet, so war doch selbst dies bis dahin keinesweges allgemein Rechtens, indem anderer Seegesetzgebungen zu geschweigen, das Preußische Recht eine solche Nichtanzeige früher nur mit der Strafe doppelter Prämienzahlung bedrohte.

Allgem. Landr. Thl. II. Tit. 8, § 2083.

Nach den allein normgebenden Police-Bedingungen der Beklagten würde aber das Präjudiz der Ungültigkeit der Assekuranz in dem vorliegenden Falle, wo es sich nur von einer Umladung handelt um so weniger anzunehmen sein, als im Art. 6 selbst für die unterbliebene nachträgliche Anzeige der Namen von Schiff und Schiffer, womit die erste Verladung geschehen, jenes Präjudiz nicht angedroht ist, sondern nur für den Fall, wenn im Versicherungsantrage verschwiegen ist, daß die Verladung der Waare in offenem Fahrzeuge stattfinde. In Ermangelung eines anderen eintretenden Präjudizes würde daher im vorliegenden Falle nur die Erstattung des etwaigen von der Beklagten zu liquirenden Interesse in Frage kommen können.

War sonach die von den vorigen Richtern auf Grund der bisher behandelten Einrede erkannte Abweisung der Klage wieder aufzuheben, so mußten die weiteren Einreden der Beklagten, soweit anher verfolgt, einer Prüfung unterzogen werden, und kam zunächst

B. Das Grav. I. der Beklagten in Betracht, welches die sofortige Abweisung der Klage auf Grund dieser Einreden bezielt, und zwar

1. Die Einrede der verfrühten Klage, weil nämlich der Kläger der Vorschrift des Art. 14, Abs. 2, der Police-Bedingungen nicht schon außergerichtlich Genüge geleistet habe. Indessen bedurfte es wegen der völligen Verwerflichkeit dieser Einrede nur der Bezug-

nahme auf die Entscheidungsgründe des Stadtgerichts, während denen der vorigen Richter nicht ganz beigepflichtet werden könnte.

2. Die Einrede der Wahl eines untauglichen Schiffes.

Art. 8. der Bedingungen, auf welchen es hier allein ankommt, verlangt nur, daß die Fahrzeuge, auf welche umgeladen werde, in gutem Zustande seien. Wäre nun in erster Instanz von Seiten der Beklagten die bestimmte Behauptung aufgestellt, daß das Fahrzeug des Schiffers Ziegler, auf welches die versicherten Schienen in Kehlheim umgeladen worden, entweder zu einer Gattung von Schiffen gehöre, die gewöhnlich überall nicht zum Transport von Waaren, in specie Schienen auf der Donau gebraucht würden, oder daß namentlich das Ziegler'sche in schlechtem Zustande gewesen sei, so könnte der Beklagten der Beweis der einen oder der andern Behauptung nicht abgeschnitten werden. Allein es ist, wie das Stadtgericht mit Recht bemerkt, eine solche Behauptung, wenigstens rechtzeitig, überall nicht aufgestellt worden. Wenn es nämlich in der Vernehmlassung heißt:

> das Fahrzeug (sogen. Plätte) des Schiffers Ziegler war ein sehr schlechtes und namentlich für Schienentransport vollkommen untaugliches,

und für diese Behauptung auf zwei Gutachten von Sachverständigen Bezug genommen wird, so ergibt sich hieraus die Richtigkeit der Auffassung des Stadtgerichtes mit Evidenz. Denn nicht nur ist in diesem Gutachten von dem Ziegler'schen Schiffe gar keine Rede, sondern es wird auch darin nur die Ansicht ausgesprochen, daß, wie es in dem einen heißt, „die auf der Donau üblichen Ruderfahrzeuge (Plätten)", und wie das andere lautet, die gewöhnlichen Donauschiffe" zum Transport von specifisch schweren Gütern, namentlich Eisenbahnschienen ungeeignet seien.

Auch was die Beklagte in der Duplik sagt, läßt es zweifelhaft, ob sie hat behaupten wollen, daß das Ziegler'sche Schiff, weil eine sogenannte Plätte, oder auch abgesehen davon von relativ schlechter Beschaffenheit, nämlich zum Transport von Schienen, gewesen sei, indem hier nur die ganze Gattung als schlecht geschildert wird.

Es ist deshalb der Ausführung des Stadtgerichts durchaus beizutreten, und nur noch hervorzuheben, daß nach dem vom Kläger beigebrachten Gutachten und namentlich dem Atteste von Lindt & Widmann

in Kehlheim, dessen Echtheit die Beklagte nicht bestritten hat, der Einwand gegen die Tüchtigkeit des fraglichen Schiffs auch als ein völlig unbegründeter erscheint.

3. Die Einrede, daß die Ladungsfähigkeit des Ziegler'schen Schiffes überschritten sei, hat das Stadtgericht der Beklagten zum Beweise verstellt. Die vom Kläger hiergegen in voriger Instanz gerichtete erste Beschwerde, ist, nachdem sie im decisiven Theile des vorigen Erkenntnisses ausdrücklich als unbegründet verworfen, in dieser Instanz wiederholt und wird weiter unten ihre Beurtheilung finden. Gegenstand der jetzt in Frage stehenden Beschwerde der Beklagten ist lediglich eine mit dem decisum nicht in Einklang stehende Aeußerung der Entscheidungsgründe, daß, wenn es auf die fragliche Einrede ankäme, die Beschwerde des Klägers eine gegründete sein würde. Es bedurfte daher diese Beschwerde hier keiner Erörterung.

C. Grav. II. der Beklagten geht dahin, daß ein besserer Beweis der Identität der gesunkenen Schienen mit den versicherten für unnöthig erklärt sei.

Die Grundlosigkeit dieser Beschwerde ergibt sich aber aus Folgendem.

1. Der Kläger hat durch ein Attest des Hauptsteueramts zu Biebrich nachgewiesen, daß die mit den von ihm, dem Beklagten, declarirten Rheinschiffen „Jonge Catherine“, „Delphin“ und „Frankfurt“, in Rotterdam verladenen und in Biebrich eingegangenen 987 Stück Eisenbahnschienen zum Gewicht von 3970 Centnern, welche, wie die Beklagte nicht bestreitet, zu den bei ihr versicherten, für die Direction der Theiß-Eisenbahn bestimmt gewesenen gehört haben, am 9. September 1858 auf dem Schiffe des Joseph Ziegler von Kelheim in Passau über die Zollvereinsgrenze wieder ausgeführt seien.

Nun meint zwar die Beklagte, ungeachtet dieses Attestes sei doch immerhin die Möglichkeit vorhanden, daß bei den, auf der Fahrt von Biebrich bis in die Donau stattgehabten Umladungen und namentlich in Kehlheim eine Vertauschung dieser versicherten Partie mit anderen, bei ihr nicht versicherten Schienen eingetreten sei. Allein dem durch jenes Attest gelieferten, den Umständen nach zureichenden Beweise gegenüber hätte es der positiven Behauptung einer wirklich stattgehabten

Vertauschung der obigen Art bedurft, und eine solche hat die Beklagte nicht aufzustellen vermocht.

Es kommt aber zu jenem Beweise noch hinzu

2. daß, wie der Kläger angibt und die Beklagte nicht bestreitet, den von Biebrich aus, den obgedachten Schienen mitgegebenen Frachtbriefen die Versicherungsmarken der Beklagten aufgeklebt gewesen sind. Freilich behauptet diese, das Aufkleben dieser Marken habe nur den Zweck, zu bewirken, daß sie in Havarie-Fällen schleunige Nachricht erhalte, nicht aber die Identität zu beweisen. Allein dabei hat sie übersehen, daß sie in ihrem Schreiben vom 21. Februar 1858 hinsichtlich einer anderen bei ihr versicherten Partie Schienen dem Kläger gerade zu dem Ende, um Verwechselung mit andern sie nicht angehenden Partien zu verhindern, als zweckmäßigstes Mittel empfohlen hatte, die Frachtbriefe mit ihren Versicherungsmarken zu versehen.

Es hat endlich der Kläger

3. zur Widerlegung des von der Beklagten in voriger Instanz besonders geltend gemachten Bedenkens möglicher Umtauschung, mit seiner Vernehmlassung zwei weitere Atteste des Hauptsteueramts zu Biebrich beigebracht, nach welchen die in zweien der obgedachten drei Rheinschiffe mit den jetzt fraglichen verladen gewesenen Schienen bestanden habe in 1595 Stück zum Gesammtgewicht von 7221 Centnern, welche vom Kläger an die Direction der Orientbahn in Ujtzony befördert seien.

Nun hatte aber der Kläger schon in seinen mit der Replik beigebrachten und wegen des Identitätsbeweises in Bezug genommenen Briefen sich wiederholt darauf berufen, daß die anderen von ihm beförderten, nicht bei der Beklagten, sondern bei Lloyds versicherten Eisenbahnschienen gar nicht für die Theiß-Eisenbahn nach Pesth bestimmt gewesen seien, ohne daß Beklagte dem in ihrer Duplik widersprochen.

Es kann sich also nur von einer möglichen Vertauschung der ausschließlich bei der Beklagten versicherten Theiß-Eisenbahnschienen mit den bei Lloyds versicherten für die Orient-Bahn bestimmten, in denselben Rheinschiffen verladen gewesenen handeln, wie denn auch gerade diese von der Beklagten geltend gemacht wird. Nun ergeben

aber die in den verschiedenen Zollamts-Attesten enthaltenen genauen Gewichts-Angaben einerseits über die Theiß- und andererseits über die Orient-Bahn-Schienen, daß eine Vertauschung beider auf dem Transporte aus dem Grunde gar nicht möglich war, weil, wie die Vergleichung erweist, das Gewicht beider, welches ja in Passau der amtlichen Controle unterlag, sehr erheblich von einander abweicht.

Dem gegenüber verdienen alle theils actenwidrigen, theils sinnlosen Einwendungen, welche die Beklagte gegen den Identitätsbeweis vorgebracht hat, keiner weiteren Widerlegung, als sie bereits in den vorigen Instanzen gefunden haben, und namentlich ist der von der Beklagten versuchte, seither nicht besonders gewürdigte Nachweis, daß in den Monaten Juni, Juli und August kein einziges vom Kläger mit Schienen befrachtetes Main-Schiff Frankfurt passirt habe, welches eine, der in dem Zollamts-Atteste Nr. 36 sub 1, 2, 3 specificirten Sendungen entsprechende Quantität Schienen an Bord gehabt habe, selbstverständlich ohne jegliches Gewicht, da ja nichts darauf ankommen kann, ob diese Partien bis Kehlheim gesondert, oder zugleich mit anderen Schienen verschifft worden sind.

D. Das Grav. I. des Klägers geht zunächst

1. dahin, daß seine erste Beschwerde voriger Instanz gegen den der Beklagten nachgelassenen Beweis der Ueberladung des Ziegler'schen Schiffes verworfen sei, und dieser Beschwerde mußte stattgegeben werden.

Der Art. 13 der allgemeinen Bedingungen der Beklagten schreibt ausdrücklich vor, daß, um den Anspruch aus der Versicherung hinfällig zu machen, die Ueberschreitung der Ladefähigkeit des Schiffs mit Vorwissen des Versicherten geschehen sein müsse. Nun hat es zwar kein Bedenken, daß der eigenen Wissenschaft des Klägers die seiner Unterspediteure Lindt und Widmann in Kehlheim, deren er sich für seine dortigen Verladungen bediente, völlig gleich stehen würde. Denn der Grundsatz, daß der Versicherte für das Verschulden seiner Vertreter hafte, ist ein im Assecuranzrecht schon früher und sehr allgemein anerkannter;

Guidon, de la mer Chap. 5, art. 1.
Preuß. Landr. Th. II. Tit. 8, § 2215.
Benecke, Syst. des Assecuranzrechts Th. 3, S. 197.

und so ist davon auszugehen, daß der Art. 13 cit. die eigene Wissenschaft der Versicherten, nicht der seiner Vertreter, sondern nur der des Schiffers hat entgegensetzen wollen, für dessen Versehen der Assecurateur allerdings haftet, weil es dem Versicherten gegenüber als ein casus sich darstellt.

Geht man nun hiervon aus, so gehört die Behauptung der Wissenschaft des Versicherten oder seines Vertreters, weil die eines dolus oder doch einer culpa involvirend, zum nothwendigen Fundamente der Einrede. In ihrer Vernehmlassung erster Instanz hat aber die Beklagte weder das eine noch das andere behauptet, sondern lediglich die objective Thatsache geltend gemacht, daß das Ziegler'sche Schiff überladen gewesen sei, und ist, nachdem in der Replik der Kläger, unter Hinweis auf Art. 13 cit., die Nichtsubstanziirung der Einrede gerügt und sich auf seine Unbekanntschaft mit der Ueberladung berufen hatte, erst duplicando, neben dem Läugnen dieser Unkenntniß, mit der Behauptung der Wissenschaft von Lindt und Widmann hervorgetreten. Mithin hätte diese Einrede vom Stadtgericht als eine rechtzeitig nicht substanziirte, folglich verspätete, zurückgewiesen werden müssen, und war sonach der der Beklagten nachgelassene Beweis derselben in Wegfall zu bringen.

Das Grav. I. des Klägers geht

2. dahin, daß von seinem Schadensanspruche der Werth der geretteten 96 Schienen in Abzug gebracht sei.

Da aber der Art. 2, Abs. 3 der Versicherungs-Bedingungen klar und unbedingt ausspricht, die Gesellschaft hafte nicht für die im Versandt der Güter durch einen Unfall verursachte Verzögerung und den dem Eigenthümer hieraus entstandenen Nachtheil, und der Kläger nur geltend macht, daß die geretteten 96 Schienen wegen verspäteter Lieferung zurückgewiesen seien, ohne zu behaupten, daß die Beklagte sich einer unnöthigen Verzögerung in der Rettung oder der Nachsendung schuldig gemacht habe, so war diese Beschwerde aus dem Grunde der vorigen Richter zu verwerfen. Denn wenn der Kläger in zweiter Instanz etwas von später Rettung sagt, so kann dieses verspätete und überdies ganz unbestimmte Vorbringen natürlich keine Berücksichtigung finden.

Grav. I. des Klägers geht

3. dahin, daß ihm nur Prozeß- und nicht auch Verzugszinsen zugesprochen seien.

Auch wegen Grundlosigkeit dieser Beschwerde genügt es, darauf hinzuweisen, daß eine mora der Beklagten vor Anstellung der Klage durchaus nicht vorlag, indem am 15. October 1858, von wo ab der Kläger Zinsen verlangt, noch kein Liquidum vorhanden war, vielmehr damals noch Rettungsversuche gemacht wurden, deren Einstellung die Beklagte erst am 13. November anzeigte, und daß die Verhandlungen zwischen den Parteien wegen beizubringender Beweise sich noch in den December hineingezogen haben, überdies der Kläger, indem er auch für die geretteten 96 Schienen Ersatz forderte, sich einer plus petitio schuldig machte.

4. Das Grav. I. des Klägers, insoweit es gegen die Verwerfung seiner vierten Beschwerde voriger Instanz gerichtet ist, fällt mit seinem die Rettungskosten betreffenden Grav. II. dieser Instanz zusammen, und finden beide durch die nunmehr erfolgende unbedingte Verurtheilung der Beklagten ihre Erledigung.

E. Grav. III. der Beklagten hat die Verwerfung ihrer vierten und fünften Beschwerde zum Gegenstande.

1. Grav. IV. voriger Instanz ging nun dahin:

daß nicht eventuell die Berechnung des Schadens nach den in der Vernehmlassung gestellten Anträgen sub Lit. C. a. und b. normirt worden seien.

Diesen auf Reducirung des erhobenen Anspruchs auf gewisse, näher angegebene principale und eventuelle Beträge gerichteten Anträgen liegen folgende Gesichtspunkte zum Grunde.

a) Weil von den für versichert anzunehmenden, nach Pesth zu versendenden 150,000 Centner Schienen nur 40,000 angemeldet seien, so hafte der Beklagte für den eingetretenen Schaden nur im Verhältnisse von 4 : 15.

Diese mit dem nicht weiter verfolgten, übrigens völlig frivolen Theil der Widerklage zusammenhängende Prätension ist so sinnlos, daß es genügt, mit den vorigen Richtern auf die Entscheidungsgründe des Stadtgerichts zu verweisen.

b) Eine weitere Reduction soll deshalb eintreten, weil die Beklagte bei einer anderen Gelegenheit in ihrem Briefe vom 1. Juli 1857 dem Kläger angezeigt habe, daß sie auf der Donau nur fl. 12,000 und selbst bei Dampfboot-Ladungen nicht mehr als fl. 20,000 auf einem Schiffsboden an Risico für eigene Rechnung behalte, nun aber mit dem Ziegler'schen Schiff Schienen zum Werth von fl. 32,000 verladen worden seien, und folgeweise die Schadungsforderung im Verhältniß von 32 : 12 reducirt werden müsse. Allein zu demjenigen, was bereits das Stadtgericht unter D seiner Entscheidungsgründe gegen die Berufung der Beklagten auf jenes Schreiben bemerkt hat, tritt noch hinzu, daß es in der Richtung, in der es hier benutzt wird, schon deshalb nicht so, wie geschehen, als Basis dienen kann, weil die obigen Maximalsätze darin gar nicht als unwandelbar hingestellt werden, sondern ausdrücklich hinzugefügt wird, daß je nach dem Wasserstande, der Jahreszeit und der Natur der Artikel Modificationen einträten.

2. Grav. V. voriger Instanz ging dahin:

daß der so oder anders gefundene (reducirte) Betrag der Schadensforderung nicht jedenfalls nach dem Antrage der Schlußerklärung auf die Hälfte ermäßigt sei.

Die Theorie, worauf jener Antrag beruht, daß nämlich, weil die versicherten Schienen nur etwa die Hälfte der Schienen-Ladungen auf den zwei Rheinschiffen „Delphin" und „Frankfurt" gebildet hätten und also eine Versicherung pro rata, nämlich zur Hälfte der ganzen Ladungen vorgelegen habe, die Beklagte auch für die, ohne ihr Wissen in Biebrich aus der Gemeinschaft herausgenommenen versicherten Schienen nur zur Hälfte hafte, braucht nur hingestellt zu werden, um jeder Widerlegung derselben überhoben zu sein.

Uebrigens hat die Beklagte in dieser Instanz sowohl in ihrem Appellationslibell als in ihrer Vernehmlassung auch noch den Antrag gestellt, den Schadensanspruch des Klägers nach dem Verhältnisse zu reduciren, als bei Beladung des Ziegler'schen Schiffs mit 3985 Centnern der dem Kläger angezeigte Maximalsatz von 1333 Centnern überschritten sei. Allein dieser Antrag kann schon als verspätet keine Berücksichtigung finden, und würde, abgesehen davon aus den soeben unter 1, b. angegebenen Gründen, verworfen werden müssen.

F. Die Prozeßkosten anlangend, so war bei ergehender Verurtheilung der Beklagten in der Hauptsache die vom Stadtgerichte für diesen Fall wegen der Pluspetition des Klägers ausgesprochene Verurtheilung der Beklagten in nur sechs Siebentel der Kosten erster Instanz wieder herzustellen. Dagegen war die Compensation der Kosten voriger Instanz zu bestätigen, und von den Kosten gegenwärtiger Instanz der Beklagten bei der völligen Verwerfung ihrer Appellation die Hälfte zur Last zu bringen und nur die andere Hälfte zu compensiren.

357.

Dr. **Lang** hier, Kläger und Impetrant gegen **Moritz Mühlfeld** zu Offenbach, Beklagten und Impetraten, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I vom 26. Juni 1863.

In Erwägung, daß

1. es an der Legitimation des Klägers und der hiesigen Gerichtszuständigkeit ermangeln würde, wenn die Cession nur zum Scheine geschehen und Kläger durch dieselbe nicht Eigenthümer der eingeklagten Forderung geworden wäre; Beklagter daher zum Beweise dieser Einrede zuzulassen und ihm dabei zu gestatten ist, in dem Beweisverfahren auf die zu deren Begründung angeführten Thatsachen zurückzukommen;

2. Von der Einwendung der Einrede aus dem Anastasianischen Gesetze nach dem dieselbe aufhebenden hiesigen Partikular-Gesetze vom 15. December 1820 um so weniger die Rede sein kann, da die Cession dahier stattgefunden hat;

3. In der Cession einer Forderung an einen hiesigen Bürger behufs einer Arrest-Impetration nach der wiederholten Rechtssprechung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck:

in Sachen von Venningen ca. Kirchheim vom 14. September 1850*)

in Sachen von Klett ca. Lachmann vom 13. Januar 1857**)

eine unerlaubte Handlung nicht zu befinden ist;

4. eine res judicata nicht als litigiös bezeichnet werden kann;

---

*) Siehe Band III. S. 58.

**) Siehe Band III. S. 59.

5. die völlig unsubstantiirte Einrede, daß das Landgericht zu Offenbach male judicirt habe, jedenfalls um deswillen keine Beachtung verdient, weil die Urtheile großh. hessischer Gerichte dahier anerkannt und vollzogen werden;

6. die mit fl. 3000 nebst 5% Zinsen vom 18. August 1859 und fl. 93. 4 kr. Kosten, abzüglich fl. 77. 59 kr., eingeklagte Forderung sich daher judicatmäßig als richtig erweist;

7. von der Schadensforderung des Beklagten nur dann die Rede sein könnte, wenn er den ihm nach dem unter 1 Bemerkten zu gestattenden Beweis erbringen und demgemäß der Arrest als frevelhaft impetrirt wieder aufzuheben sein würde, die Liquidation dieses Schadens daher vorerst noch auszusetzen ist.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

Beklagter wird verurtheilt den Betrag von fl. 3000 nebst 5 % Zinsen vom 18. August 1859 an und fl. 15. 5 kr. binnen 14 Tagen an den Kläger zu bezahlen, auch demselben die entstandenen Streitkosten zu ersetzen, deren Liquidation vorbehalten, er könnte denn binnen gleicher Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darthun:

daß die Cession nur zum Scheine geschehen und derselben ohnerachtet der Cedent Ph. van der Hoeven der wahre Eigenthümer der eingeklagten Forderung geblieben sei,

für welchen Fall die entsprechende abändernde Verfügung ergehen soll.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 9. September 1863.

Auf beiderseitige Appellation.

Was zunächst

1. die Beschwerde des Klägers anbelangt, daß dem Beklagten der Beweis der Simulation der Cession noch nachgelassen worden sei, so muß dieselbe zweifellos verworfen werden, denn sobald diese Cession nur zum Schein geschehen wäre, würde sofort gegen den fremden Beklagten die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte mangeln, indem der sie allein begründende Arrest dann als erschlichen erschiene;

2. des Beklagten Adhäsionsbeschwerde hierzu, gerichtet auf die Streichung des Nachsatzes im Beweissatze

„und derselben unerachtet der wahre Eigenthümer der eingeklagten Forderung geblieben sei;“

muß für begründet erachtet werden; denn die vorhergehenden Worte:

daß die Cession nur zum Scheine geschehen sei,

reichen allerdings vollkommen aus;

— — — — — — — — — — — — —

3. des Beklagten erste Beschwerde, mit welcher auch seine zweite Adhäsionsbeschwerde zusammenfällt, betrifft zwei Punkte, nämlich:

a) daß nicht der Appellation des Klägers die aufschiebende Wirkung versagt worden sei. Mit Recht hat aber hiergegen schon das Stadtgericht den Beklagten auf den § 53 des Gesetzes vom 8. November 1848 verwiesen, welcher den gegen Beweisurtheile angezeigten Berufungen unbedingt die aufschiebende Wirkung gewährt;

b) sobald nun aber erst die Rechtskraft des angefochtenen Beweisurtheils abgewartet werden muß, bevor von Antretung des darin auferlegten Beweises die Rede sein kann, so zerfällt auch der weitere Antrag des Beklagten

„die Sache zum summarischen Beweisverfahren an die Gerichtscommission zu verweisen“

sofort in sich, und zwar nicht nur deshalb, weil er jedenfalls wegen der noch mangelnden Rechtskraft als verfrüht erscheinen müßte, sondern auch deshalb, weil der vom Beklagten angerufene Art. 10, Nr. 5 der P. G. O. durchaus nur von der dem Urtheile vorausgehenden Verhandlung zu verstehen, auf das dem Urtheile folgende Beweisverfahren mithin keineswegs mehr zu beziehen ist, was selbstverständlich auch von Arrestsachen gelten muß;

4. des Beklagten zweite Beschwerde verlangt dessen vorläufige Haftentlassung und zwar gegen die von ihm angebotene Sicherheitsleistung.

In dieser Beziehung kommt Folgendes in Betracht:

Wenn des Beklagten Antrag auf Sicherheitsleistung für genügend erachtet werden muß, so kommt auf alles sonst Vorgebrachte nichts weiter an.

Beklagter hat nun aber Bürgschaftsleistung durch seine Mutter oder den hiesigen Bürger und Pumpenmacher F. dafür, daß diese für

den Fall seiner Entweichung von hier den eingeklagten Betrag als Selbstschuldner zahlen würden, angeboten und in Betreff F.'s ausdrücklich noch beigefügt, derselbe sei dahier mit Grundeigenthum angesessen. Kläger hatte zunächst diese beiden Bürgen ohne nähere Begründung für ungeeignet erklärt, dann aber die vom Beklagten zur Unterstützung seines Widerspruchs hiergegen geltend gemachte Behauptung, F. sei sogar mit Grundeigenthum angesessen, stillschweigends eingeräumt, jedoch gleichwohl seinen Widerspruch gegen Beklagtens Entlassung, ohne das Geringste weiter beizufügen, nur einfach festgehalten. Da nun aber hierin eine dem Gesetze genügende Einlassung nicht gefunden werden kann, so steht jetzt auch fest, daß dieses Grundeigenthum von F. dessen Bürgschaft zureichend mache, sodaß, wenn sie wirklich geleistet ist, nach Art. 60 der Pr. G. O. der Arrest aufgehoben werden könnte. Der Beschwerde des Beklagten ist mithin insoweit zu entsprechen.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. des Klägers Beschwerde wird unter dessen Verfällung in die Kosten verworfen und sind gemäß der ersten Adhäsionsbeschwerde Beklagtens die Worte des Beweissatzes:

„und derselben — geblieben"

zu streichen;

II. Des Beklagten erste Beschwerde wird verworfen, gemäß der zweiten jedoch erkannt, daß, wenn der hiesige Bürger und Pumpenmacher F. wirklich Bürgschaft dahin leistet, für den Fall des Unterliegens des Beklagten in diesem Rechtsstreit und seiner Entweichung von hier, bis zum Belaufe von fl. 3800 für denselben an den Kläger zu bezahlen, der Arrest gegen den Beklagten wieder aufzuheben sei;

III. Die Kosten der Appellation des Beklagten werden verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 8. März 1864.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellations-

tionsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 9. September 1863, wie hiermit geschieht, unter Bezugnahme auf dessen Gründe und die in der Vernehmlassung gegenwärtiger Instanz angeführten Präjudicien des Ober-Appellationsgerichts,

Urtheil von 1849 in Sachen Pörtner ca. Hermann.*)

Urtheil von 1852 in Sachen Mannheimer & Cie. ca. Horwitz.**)

Urtheil von 1855 in Sachen Bauer ca. Lemme.***)

zu bestätigen sei. Auch wird der Kläger nicht nur in die Kosten dieser Instanz verurtheilt, sondern hat überdies wegen Mißbrauch des Rechtsmittels eine Strafe von dreißig Mark Courant an die Canzlei des Ober-Appellationsgerichts binnen vier Wochen bei Vermeidung von Zwangsmaßregeln zu erlegen. Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Auszüge aus den Seite 309 angezogenen Entscheidungen in Sachen:

1. Pörtner ca. Hermann 1849.

Hinsichtlich der vom Beklagten gegen die Cession vorgebrachten Einrede der Simulation beschwert sich der Kläger, daß dem Beklagten ein Beweis darüber nachgelassen und dieselbe nicht sofort verworfen sei, weil, wenn auch die Cession simulirt wäre, der Kläger doch immer durch das hierin liegende Mandat zur Klage legitimirt sein würde. Allein es kommt hier nicht bloß auf die Legitimation des jetzigen Klägers an, sondern derselbe hatte nur als wirklicher Cessionar vermöge des ihm persönlich als Frankfurter Bürger zustehenden Vorrechts die Befugniß, gegen den Beklagten einen Arrest zu erwirken, nicht aber als Mandatar eines Ausländers; der Beklagte hatte also ein wesentliches Interesse, das wegen der geleisteten Bürgschaft noch jetzt fort-

*) Siehe S. 309.
**) Siehe S. 310.
***) Siehe Band II. S. 262.

besteht, an welchem es hingegen in der vom Kläger angeführten Sache

Stern ca. Taunus-Eisenbahn-Comite

gänzlich mangelt.

2. Mannheimer & Comp. ca. Horwitz jun. 1852.

Hätte sich der Appellant auf die Behauptung beschränkt, „die in Rede stehende Cession sei simulirt," so wäre seinem Verlangen das stadtgerichtliche Urtheil wieder herzustellen, zu entsprechen gewesen, da das Ober-Appellationsgericht jene Behauptung für ausreichend und eine Angabe des Grundes der Simulation nicht für erforderlich achtet.

cf. Frankf. S. Nachlaßadministration des Landgrafen von Hessen ca. Baruch, 30. September 1848, S. 25. 26. Entscheidungsgründe.

Er hat aber jener Einrede eine Begründung beigefügt, welche erkennen läßt, daß er über die Bedeutung der Einrede unrichtige Begriffe hegt. Denn:

a) die Behauptung, daß jene Cession zum Nachtheil der Agenten der industriellen Aktiengesellschaft geschehen sei, bildet, abgesehen davon, daß sich nicht erkennen läßt, worin jener Nachtheil bestehe, da eine Zahlungsfähigkeit des Ballin nicht behauptet ist, die Grundlage der Einrede des Betrugs.

b) Die noch in gegenwärtiger Instanz wiederholte, jedoch appellatischerseits stets in Abrede genommene Aufstellung Mannheimer & Comp. sei bis zur Klaganstellung Gesellschafter des Ballin bei der industriellen Actiengesellschaft gewesen, würde, erwiesen, nur die Folge haben, daß Ballin und Mannheimer nach ihren Gesellschaftsantheilen auf die von dem Appellanten für die Gesellschaft eingenommenen Gelder berechtigt wären; die Cession wäre also für den eigenen Antheil des Mannheimer nichtig, für den des Ballin gültig, simulirt überall nicht.

Da nun die Art und Weise, in welcher die Begründung der Einrede vorgetragen ist, erkennen läßt, daß sonstige Momente, aus denen sich eine Simulation entnehmen ließe, dem Appellanten nicht zur Seite stehen, der Beweisführung mithin ein erheblicher Inhalt fehlen würde, so war die Beschwerde zu verwerfen.

358.

Claudius Ash & Sons in London, Kläger und Widerbeklagte, gegen Dr. **J. B. Rottenstein,** Beklagten und Widerkläger, Vindication von Waaren und Gegenansprüche, jetzt geführten Beweis betreffend.*)

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 21. September 1863.

Das Stadtgericht hat unter dem 17. November 1862 den Gerichtshof der Queens bench ersucht, den Fabrikanten William Ash und George Claudius Ash zu London die denselben im Urtheil vom 8. März 1861 auferlegten Eide auf gesetzliche Weise abzunehmen. Diesem Ersuchen nun hat das requirirte Gericht in der Form entsprochen, daß dasselbe ausweislich des Akts [72] act. Anlage A. und der beglaubigten Uebersetzung [74] act. die Eidespflichtigen zeugeneidlich vernommen hat. Diese zeugeneidliche Vernehmung will jedoch Beklagter nicht als Aequipollenz des von den Klägern zu leistenden Reinigungseides gelten lassen, indessen mit Unrecht. Das Interesse und die Berechtigung des Beklagten konnte sich selbstverständlich nur darauf erstrecken, daß die von den Klägern abzugebende eidliche Versicherung ihrem thatsächlichen Inhalte nach genau dasjenige enthalte' was ihnen laut rechtskräftigem Urtheil zu erhärten oblag, während die Form, in welcher diese eidliche Versicherung abzugeben war, schon an sich als etwas so Indifferentes erscheint, daß sobald nur überhaupt eine Form, welche sich als eine im Wesentlichen eidliche erkennen läßt, gebraucht worden, von der Ungültigkeit und Unwirksamkeit eines in dieser Weise ausgeschwornen Eides überall nicht die Rede sein kann.

---

*) Siehe Band V. S. 265 bis 272 und Band VI. S. 306 bis 319.

Diese Ansicht findet sich wenigstens was die gebrauchten Eidesformeln betrifft, bestätigt in

Schmid, Handbuch des Civilproz., Bd. II. S. 376. not. 13.

Es ist aber nichts weiter als eine gleichgültige Formabweichung, wenn der requirirte Richter statt der in unserer Gesetzgebung recipirten assertorischen eidlichen Versicherung die Kläger, sei es unter promissorischer oder assertorischer Vereidigung, als Zeugen abhörte, da genau genommen, die von den Parteien in ihren Rechtsstreiten geleisteten Eide, mögen solche nun zugeschobene oder richterliche Eide sein, sich stets als Zeugnisse in eigener Sache darstellen.

Linde, Civilprozeß, §. 301.

Gensler's Commentar von Morstadt, Bd. II. S. 9.

Diese an sich unbedenkliche Form der Ableistung eines Schieds- oder richterlichen Eides dürfte aber im vorliegenden Falle um so weniger eine Beanstandung finden können, als der requirirte Richter trotz der klaren und durchaus unzweideutigen Fassung des Ersuchschreibens [65] act. dieselbe zu gebrauchen sich veranlaßt sah und damit, wie nicht anders angenommen werden kann, zu erkennen gab, daß die gebrauchte Form, wenn nicht die dort einzig gesetzlich erlaubte, so doch zum mindesten eine rechtlich zulässige sei. Ist es hiernach unzweifelhaft, daß die von den Klägern abgegebenen eidlichen Versicherungen, nach den in England geltenden Prozeßgesetzen, sich als in vollkommen legaler Weise abgeleistete Reinigungseide darstellen, so sind auch, da beziehentlich aller Prozeßhandlungen und insbesondere der dabei zu beobachtenden Formen der requirirte Richter an die Gesetze seines Landes gebunden erscheint,

Schäffner, internationales Privatrecht, S. 206.

das requirirende Gericht aber nichts zu beanspruchen berechtigt ist, als daß in materieller Hinsicht seiner Requisition entsprochen werde, die vor dem requirirten Richter in legaler Weise abgeleisteten Eide von dem requirirenden Gerichte auch, als solche anzuerkennen und gerade so anzusehen, als ob sie vor ihm selbst nach den Prozeßvorschriften des eigenen Landes abgeleistet worden seien. Dies ist um so mehr der Fall, als die auswärts wohnende Partei nach constanter Gerichtspraxis einen rechtlichen Anspruch darauf hat, daß ihr gestattet werde, die ihr auferlegten Eide vor dem Gerichte ihres Wohnorts abzuleisten.

Vergl. Osterloh, Prozeß, Bd. II. S. 217 not. 3 b.

Aus diesen Gründen wird unter Verwerfung des von dem Beklagten in [76] act. gestellten Antrags der Bescheid vom 8. März 1861 für bereinigt erklärt und demgemäß Beklagter verurtheilt, binnen 14 Tagen die in [2] act. verzeichneten, von Joseph Dembry empfangenen Waaren an die Kläger zurückzugeben, beziehungsweise, soweit solche nicht mehr vorhanden sein sollten, deren Werth zu ersetzen, auch denselben die seit Erlaß des Erkenntnisses vom 19. August 1859 weiter entstandenen Streitkosten, soweit darüber nicht etwa schon anderweit verfügt sein sollte, zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 16. November 1863.

Auf beiderseitige Appellation.

1. Die Beschwerde des Beklagten muß schon aus den vollkommen genügenden Gründen des Stadtgerichts verworfen werden. Doch kann noch namentlich hervorgehoben werden, daß, wenn auch die Worte des Theilhabers der klägerischen Handlung George Claudius Ash in [78] 1ae

„to the best of my Knowledge and belief“

wirklich nicht ganz dem Ausdruck der rechtskräftigen Eidesform in [52] 1ae unter I. B.

„daß sie nach redlicher Erforschung der Wahrheit nicht wüßten und glaubten“

entsprechen sollten, der Schwörende doch kaum eine sorgfältigere und redlichere Erforschung der Wahrheit nur irgend hätte vornehmen können, als ihm der in derselben Tagfahrt vorgekommene, seinem eigenen Eide vorausgegangene Wahrheitseid seines Bruders William Ash über denselben Gegenstand darbot, worüber er nur sein Glauben und Wissen zu betheuern hatte.

2. Ueber Klägers Beschwerde ist Folgendes zu befinden:
Schon das Urtheil vom 14. August 1859 [19] 1ae enthielt unter I die bedingte Verurtheilung des Beklagten zur Zurückgabe der empfangenen Waaren, zum Werthersatze der davon etwa nicht mehr vorhan-

denen und zur Kostenerstattung, ohne daß hierbei noch von weiteren Schäden die Rede war. Dies Urtheil hat auch die Rechtskraft beschritten und ward demzufolge durch Bescheid vom 8. März 1861 [52] 1ae für den Fall der Eidesleistung lediglich für bereinigt erklärt. Eine vom Kläger hiergegen angezeigt gewesene Berufung ward nicht ausgeführt. Ihm gegenüber ist daher die Fassung jener Verurtheilung unbedingt rechtskräftig geworden

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Die beiderseitigen Beschwerden werden verworfen.

II. Die Kosten dieser Instanz werden verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 22. März 1864.

Erkannt:

unter Bezugnahme auf die Gründe zum Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 21. September 1863, sowie da der Einwand des Beklagten, daß die Kläger, Brüder Ash, den von ihnen vor der Queens bench abgeleisteten Eid nicht als Parteien, sondern als Zeugen abgestattet haben, auch deshalb unbegründet ist, weil die Schwörenden nicht nur von dem genannten Londoner Gericht als Parteien behandelt und ausweislich des eingegangenen Protokolls (Stadtgerichts-Akten [72]) als solche „plaintiffs“ ausdrücklich aufgeführt worden sind, sondern auch durch ihre eidliche Aussage bekundet haben, daß sie sich bei derselben ihrer Stellung als Parteien bewußt gewesen sind (William Ash: „we are the only plaintiffs;“ George Claudius Ash: „my brother and myself are the only partners“) also nicht als wären sie unbetheiligte Personen, gehandelt haben,

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt, vom 16. November 1863, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei.

359.

C. Baldenecker Ehefrau, **C.**, geb. Wehn, Klägerin gegen **Aloys Baldenecker & Consorten,** Beklagte, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 10. Mai 1862.

I. Die gegenseitige Verbindlichkeit der Parteien, sich der Kosten wegen Sicherheit zu leisten ist unbestritten.

II. Klägerin sucht mit ihrer Klage nicht nur ihr persönlich zustehen sollende Rechte zu verfolgen, sondern sie beabsichtigt dabei auch von ihrem Ehemann vorgenommene Handlungen anzufechten. Ihre Befugniß zur Anstellung dieser Klagen ohne dessen ausdrückliche Zustimmung kann daher keinem Zweifel unterworfen werden.

III. Nach Angabe der Klägerin hat dieselbe im Jahr 1857 aus ihrem unter der Verwaltung ihres Schwagers Schmidt zu Wallau stehenden Sondervermögen den Betrag von fl. 1000 eingenommen, ihrem Ehemann Conrad Baldenecker übergeben und denselben mit dessen sicherer Anlage beauftragt. Dieser gab das Geld am 30. September 1857 an Herrn Pflug gegen einen zu seinen Gunsten ausgestellten nach 12 Monaten zahlbaren Wechsel über fl. 1050. Den Wechsel soll er, anstatt denselben seiner ihn deßhalb mahnenden Ehefrau auszuhändigen, seiner Mutter zur Aufbewahrung übergeben und nach deren Tod an seinen Bruder Aloys Baldenecker girirt haben, von dem er alsdann erhoben worden sei. Die Erben der Frau Baldenecker hätten, wissend, daß der Wechsel Eigenthum der Klägerin sei, denselben als ein Nachlaß-Aktivum ihrer Erblasserin behandelt und sich somit arglistiger Weise auch bereichert, weshalb sie ihr

solidarisch zur Zahlung des Betrags von fl. 1050 nebst Zinsen verpflichtet seien. Die Beklagten, die Erben der Frau Baldenecker, bestreiten, daß der Wechsel Eigenthum der Klägerin gewesen sei, oder daß sie dies gewußt hätten, und geben an, die Hinterlegung des Wechsels bei ihrer Erblasserin und das Giro an Aloys Baldenecker habe Conrad Baldenecker nur zu dem Zwecke vorgenommen, um Deckung resp. Befriedigung für eine am 2. April 1856 von seiner Mutter geliehenen Würtemberger Obligation ad fl. 1000 zu gewähren.

IV. Inhaltlich der Klage sucht Klägerin ihren geltend gemachten Anspruch nur auf einen dolus der Beklagten zu begründen; es erscheint daher überflüssig, noch insbesondere hervorzuheben, daß es auch an den Voraussetzungen zu einer vindicatio oder der persönlichen Contraktsklage ermangeln würde. Da die als actio doli bezeichnete Klage eine Rückforderung dessen, um was Beklagte bereichert sein sollen, bezweckt, so steht derselben auch nicht der ansonst anzunehmen sein würdende Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist entgegen.

l. 28. de dolo malo, IV. 3.

V. Hiernach kann es nur noch der Beurtheilung bedürfen, ob und in wie weit eine arglistige Bereicherung der Beklagten zum Nachtheile der Klägerin vorliege. Daß den ersteren eine solche in dem Falle nicht zur Last gelegt werden dürfte, wenn die Uebertragung des Wechsels auf Aloys Baldenecker ihrer Angabe gemäß zur Tilgung einer Darlehensschuld des Conrad Baldenecker an seine verstorbene Mutter stattgefunden habe, wird durch

l. 6, § 7. Dig. quae in fraud. creditor. Lib. 42, tit. 8

vollkommen bestätigt. Conrad Baldenecker hatte nach dem eigenen klägerischen Vorbringen den fraglichen Wechsel auf seinen Namen ausstellen lassen, so daß ihm auch das Verfügungsrecht über denselben zustand und es nach der allegirten Gesetzesstelle nicht angefochten werden kann, wenn sich die Beklagten den Wechsel zur Tilgung einer rechtlich begründeten Forderung übertragen ließen, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, welche Bewandtniß es mit dem Gelde habe, das zur Anschaffung des Wechsels verwendet worden war.

Haben sich dagegen Beklagte, ohne daß Conrad Baldenecker ihrer Erblasserin den Betrag des Wechsels verschuldete, denselben giriren lassen, und dabei gewußt, daß Conrad Baldenecker das dazu

verwendet gewesene Geld für seine Frau anzulegen verpflichtet gewesen wäre, so könnte es keinem Zweifel unterworfen bleiben, daß ihre Arglist angenommen werden müßte. Denn sie führen ja selbst an, daß sie den Ertrag des Wechsels als ein Aktivum der Nachlaßmasse ihrer verstorbenen Mutter behandelt und unter sich vertheilt haben und aus ihrer eigenen Schilderung der Vermögensverhältnisse des Conrad Baldenecker ergibt es sich zur Genüge, daß derselbe im Uebrigen ganz vermögenslos ist. Wenn nun demgemäß der der Klägerin aufzulegende Beweis der beklagtischen Arglist zu normiren sein wird, so kann es dabei unberücksichtigt bleiben, zu welchem Zwecke Conrad Baldenecker den Wechsel seiner verstorbenen Mutter ursprünglich eingehändigt hatte. Denn die Parteien sind darüber einig, daß später die freiwillige Girirung des Wechsels von Conrad auf Aloys Baldenecker dazu gekommen ist und nur diese den Erfolg hatte, daß Beklagte in den Besitz des Wechselbetrags gelangten.

VI. Zu einer solidarischen Haft der ihre Mutter nur pro rata beerbt habenden Beklagten würde in keiner Weise ein Grund vorliegen, da nachdem unter IV. bemerkten die eigentliche actio doli verjährt ist und es sich nur noch um eine etwaige Bereicherung der Beklagten handelt.

Es wird demnach zu Recht erkannt:

A Klägerin hat binnen 14 Tagen der Streitkosten wegen bis zum Betrage von fl. 75 Sicherheit zu leisten, b i Vermeidung unter Verurtheilung zum Kostenersatz angebrachter Maßen abgewiesen zu werden;

B. Beklagte haben binnen vorzuberaumender Frist der Streitkosten wegen bis zum Betrag von fl. 75 Sicherheit zu leisten bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung;

C. Klägerin hat binnen vorzuberaumender Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun,

daß ihr Ehemann die zur Anschaffung des von Pflug am 30. September 1857 ausgestellten Wechsels über fl. 1050 verwendeten fl. 1000 zur sicheren Anlage aus ihrem Sondervermögen erhalten gehabt habe, daß den Beklagten dies bei Girirung des Wechsels auf Aloys Baldenecker bekannt gewesen und dieses Giro angenommen worden sei, ohne daß

ihr Ehemann den Beklagten als Erben seiner verstorbenen Mutter eine von derselben darlehensweise erhaltene Würtemberger Obligation über fl. 1000 geschuldet habe.

Bleibt weitere Verfügung vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 15. September 1862.

Auf Appellation der Klägerin.

Die Formalien der Berufung sind gehörig gewahrt und es hätte, da wegen Einfallens der viertägigen Pfingstferien und der Sommerferien, da die Einführungsfrist dieser erst am 5. August 1862 abgelaufen war, der am 22. Juli 1862 geschehenen eilfertigen Einführung des Rechtsmittels nicht bedurft.

In der Sache selbst kommt das Nachstehende in Betracht. Die Klägerin begründet ihre Klage im Wesentlichen folgender Maßen: Sie habe ihrem Ehemann im Jahre 1857 eine einen Theil ihres Sondervermögens bildende Summe Geldes von fl. 1000 anvertraut mit dem Auftrage, dieses Geld sicher anzulegen. Ihr Ehemann habe für dieses Geld einen auf seinen eigenen Namen ausgestellten, nach 12 Monaten zahlbaren Wechsel über fl. 1050 erworben, diesen Wechsel trotz ihrem Verlangen, ihn an sie auszuhändigen, seiner Mutter zur Aufbewahrung übergeben, er habe dann nach seiner Mutter Tode den Wechsel von seinen Miterben ausgeliefert erhalten und ihn darauf zu Gunsten der Erben an Aloys Baldenecker girirt. Von diesem sei der Betrag des Wechsels bei dem Wechselschuldner erhoben und in die zur Vertheilung unter die fünf beklagten Erben gekommene Nachlaßmasse eingeliefert worden.

Daran, daß der Baldenecker'sche Ehemann mit dem ihm von seiner Ehefrau anvertrauten Gelde auftragswidrig verfahren sei, hätten die Beklagten, als sie durch Aloys Baldenecker den Wechsel erworben, Kenntniß gehabt.

Da die Klägerin in der heutigen Verhandlung auf ihre Hauptbeschwerde verzichtet hat, so kommt nur noch deren eventuelle Beschwerde in Betracht. Auch diese stellt sich als unbegründet heraus. Denn die

rechtliche Grundlage der Klage könnte nach dem Vorbringen der Klägerin allenfalls darin gefunden werden, daß die Beklagten als Theilnehmer oder mindestens Begünstiger einer von dem eigenen Ehemanne der Klägerin gegen diese verübte Unterschlagung sich um den Betrag von fl. 1050 zu ihrem der Klägerin Schaden rechtswidrig bereichert hätten. Der von der Klägerin den Beklagten vorgeworfene dolus könnte einzig und allein in deren angeblicher wissentlichen Theilnahme an einer von dem Baldenecker'schen Ehemanne verübten strafbaren Handlung oder doch wenigstens in deren wissentlicher Begünstigung dieser strafbaren Handlung bestehen.

Art. 88 des Strafgesetzbuchs, Abs. 1.

Allein selbst wenn alle thatsächlichen Behauptungen der Klage richtig wären, würde sich daraus das strafbare Verhalten der Beklagten, welches die Klägerin diesen zum Vorwurfe macht und aus welchen sie ihre Ansprüche gegen diese herleitet, nicht einmal folgern lassen. Denn wenn der Baldenecker'sche Ehemann sich überhaupt eine Unterschlagung zum Nachtheile seiner Ehefrau hat zu Schulden kommen lassen, so hat er dieses nach den von der Klägerin in ihrer Replik gegebenen Erläuterungen dadurch gethan, daß er den Pflug'schen Wechsel statt auf seiner Ehefrau Namen auf seinen eigenen Namen ausstellen ließ und daß hierbei schon die Beklagten irgendwie mitgewirkt hätten, ist von der Klägerin selbst nicht behauptet worden. Daß die Beklagten aber einen Wechsel, über welchen dessen Inhaber, der Ehemann der Klägerin, allein verfügen konnte, von diesem zu Gunsten der Erbmasse auf Aloys Baldenecker giriren ließen, möchte selbst dann die Klägerin nicht zu einer Klage gegen die Beklagten berechtigen, wenn diese bei der Girirung gewußt haben sollten, daß der Ehemann der Klägerin es sich dadurch unmöglich mache, der Klägerin die ihr veruntreuten fl. 1000 sammt Zinsen zu ersetzen. Da jedoch für den Fall des Erbringens des der Klägerin in dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse auferlegten Beweises ihr Klagrecht anerkannt ist und die Beklagten ihrerseits sich hierbei beruhigt haben, so ist ein weiteres Eingehen auf die angeregte Frage nicht erforderlich. Keinesfalls aber hat die Klägerin rechtlichen Grund, sich darüber zu beschweren, daß die von ihr gegen die Beklagten erhobene Forderung, wenigstens unter der Voraussetzung, daß sie den ihr auferlegten Beweis erbringe nach

Verhältniß der Erbbetheiligung eines jeden der Erben, nämlich, weil Conrad Baldenecker der Ehemann der Klägerin laut [7] der St. G. A. S. 15 die Erbschaft seiner Eltern ausgeschlagen hat, gegen einen Jeden zu einem Fünftel des eingeklagten Betrags für begründet erklärt worden ist.

Aus diesen Gründen wird die von der Klägerin gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 16. Mai 1862 erhobene Berufung verworfen und dieselbe in die Kosten dieser Instanz verurtheilt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 21. März 1864.

Auf Appellation der Klägerin.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. September 1862, wie hiermit geschieht, dahin abzuändern, daß es bei dem vom Stadtgerichte der Klägerin auferlegten Beweise, soweit dahin gerichtet:

daß ihr Ehemann die zur Anschaffung des von Pflug am 30. September 1857 ausgestellten Wechsels über fl. 1050 verwendeten fl. 1000 zur sicheren Anlage aus ihrem Sondervermögen erhalten gehabt habe, und daß den Beklagten dies bei Girirung des Wechsels auf Aloys Baldenecker bekannt gewesen,

zwar zu belassen, der übrige Theil dieses Beweises aber in Wegfall zu bringen und dagegen den Beklagten neben dem directen Gegenbeweise auch salva reprobatione der Klägerin, der Beweis nachzulassen sei:

daß der Ehemann der Klägerin vor seiner Verheirathung von seiner Mutter eine Würtembergische Obligation von fl. 1000 zu dem Zwecke erhalten habe, um damit Ankäufe und Ausgaben zu bestreiten, die seiner damaligen Braut, der Klägerin, obgelegen, und dieser Betrag auch zu dem Zwecke verwandt sei.

Die Kosten dieser und der vorigen Instanz sind zu compensiren und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

A. Wenn das Appellationsgericht es auch bei dem von der Klägerin angefochtenen Theil des ihr vom Stadtgerichte auferlegten Beweises aus dem Grunde belassen hat, weil der Klägerin wegen Grundlosigkeit ihrer Klage der ganze Beweis gar nicht hätte nachgelassen werden sollen, mithin schon zu günstig für sie erkannt sei, so konnte dem nicht beigetreten werden. Das Appellationsgericht nimmt an, es fehle nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin an dem zur Begründung ihrer Klage nothwendigen dolosen Verfahren der Beklagten, indem

1. die Klägerin das unerlaubte Verfahren ihres Ehemannes nur darin setze, daß er den Wechsel, den er in ihrem Auftrage mit ihrem Sondervermögen gekauft, auf seinen Namen habe ausstellen lassen, und daß hierzu die Beklagten als Gehülfen oder Begünstiger irgendwie mitgewirkt hätten, von der Klägerin nicht behauptet sei,

2. Das Girirenlassen dieses Wechsels zu Gunsten der Erbmasse auf Aloys Baldenecker aber selbst dann kein doloses Verfahren sein würde, wenn Beklagte gewußt haben sollten, daß der Ehemann der Klägerin es sich dadurch unmöglich mache, der Klägerin die ihr veruntreuten fl. 1000 zu ersetzen.

Allein

ad 1. die Klägerin gründet ihre Klage nicht darauf, daß die Beklagten bei einer dolosen Bereicherung des Ehemannes auf ihre, der Klägerin, Kosten behülflich gewesen, sondern darauf, daß die Beklagten, obschon wissend, der in dem Nachlasse ihrer Mutter vorgefundene Pflug'sche Wechsel sei im Auftrage der Klägerin mit ihrem Sondergut erworben worden und gehöre insofern zu ihrem Vermögen, gleichwohl denselben als ein Aktivum des mütterlichen Nachlasses behandelt und, unter Beihülfe des Ehemannes durch Indossirung desselben auf Aloys Baldenecker, zu ihrem eigenen Nutzen realisirt, sich selbst also doloser Weise auf Kosten der Klägerin be-

reichert hätten. Und daß diese Behauptung zur Begründung der angestellten Klage genügt, läßt sich nicht bezweifeln. Namentlich muß

ad 2. das Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit des Erwerbs für völlig ausreichend erachtet werden, ohne daß es auf die Wissenschaft von den Vermögensumständen des Ehemannes, ob er nämlich im Stande sei, der Klägerin das den Beklagten Zugewendete zu ersetzen oder nicht, irgend ankommen kann.

B. Unterliegt aber der von der Klägerin angefochtene Theil des stadtgerichtlichen Beweises annoch einer freien Prüfung, so konnte es bei denselben nicht sein Verbleiben behalten.

Allerdings zwar gehört es zu dem nothwendigen, also von der Klägerin zu erweisenden Fundamente der angestellten Klage, daß die Beklagten sich auf Kosten der Klägerin bereichert haben. Diese Bereicherung ist aber schon erwiesen, wenn die Klägerin die in dem unangefochten gebliebenen Theil des stadtgerichtlichen Beweises enthaltenen Thatsachen darthun sollte. Wenn dagegen die Beklagten geltend machen, daß der fragliche Wechsel und das in demselben etwa steckende Sondergut der Klägerin von ihrem Ehemanne den Beklagten zur Tilgung einer Schuld an seine Mutter hingegeben sei, welche er vor seiner Verheirathung zu dem Ende contrahirt habe, um Ankäufe und Unkosten zu berichtigen, deren Bestreitung der jetzigen Klägerin obgelegen hätte, welche also ihr zu Gute gekommen sei, so ist dies ein selbstständiger Einwand, dessen Beweis den Beklagten obliegt.

Es war daher demgemäß das vorige Erkenntniß abzuändern und als Folge davon auch auf Vergleichung der Kosten, wie der vorigen, so auch der gegenwärtigen Instanz zu erkennen.

360.

Th. Ch. Jacob Rühl, Kläger gegen **A. F. Küstner** in Alexandrien, Beklagten, Arrest betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 3. Februar 1862.

Zu den Akten

2. Ist dem Schneidermeister Joh. Küstner von Abschnitt 3 des Erkenntnisses vom 29. Januar d. J. Mittheilung zu machen.

3. Wird nunmehr auf den idealen Antheil des Beklagten an den Behausungen Lit. E. Nr. 208 und Lit. D. Nr. 182 sowie auf dessen im Besitz seines Vaters, des hiesigen Bürgers und Schneidermeisters Joh. Küstner befindliche mütterliche Vermögen bis zum Betrag von fl. 5000 auf Gefahr und Kosten des Impetranten erneuter Arrest erkannt.

4. Sind die erkannten Arreste durch Mittheilung dieses Erkenntnisses an die Transscriptions- und Hypotheken Behörde, sowie an den Schneidermeister Joh. Küstner erneut anzulegen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 2. Juni 1862.

Auf Appellation des Beklagten.

Die Formalien anlangend, so steht es dem Impetraten zwar zu, die Rechtmäßigkeit eines in Pleno des Stadtgerichts erkannten oder bestätigten Arrestes noch bei den Verhandlungen in der Sache selbst einredeweise anzufechten, er kann aber auch nach Art. 62 der Pr. O. von 1819 gegen das Arresterkenntniß sofort das Rechtsmittel der

Appellation ergreifen. Wählt er, wie hier, den letzteren Weg, so liegt kein haltbarer Grund vor, ihn von der Beobachtung der sonst gesetzlich nothwendigen Formalien zu befreien. Nun ist aber aus der Vollmacht in den St. G. A. und der Angabe in dieser Instanz zu entnehmen, daß die am 3. Februar 1862 l. J. ergangene Arrestverfügung, wenn auch die dem Impetranten obliegende Insinuationsbescheinigung noch nicht zu den Akten gekommen ist, dem Impetraten bereits am 20. Februar l. J. bekannt gewesen sein muß. Es erscheint daher die der Remonstration vom 15. März l. J. verbundene Appellationseinlegung verspätet. Die gegen dieses Versäumniß nachgesuchte Restitution kann aber, wenn auch unter Umständen, wie die vorliegenden, ein genügender Grund nicht mangeln dürfte, um deßwillen nicht ertheilt werden, weil die aufgestellte Beschwerde materiell unbegründet ist. Nicht der Art. 53 der Pr. O. von 1819, welcher übrigens auch nur von Arresten zur Sicherheit des Streitgegenstandes handelt, sondern der Art. 51 in Verbindung mit Art. 56 kommt hier in Betracht. Nach diesem unterliegt es keinem Zweifel, daß gegen einen hiesigen Bürger oder Bürgerssohn, welcher auswärts domicilirt und deßhalb der hiesigen Gerichtsbarkeit nicht mehr untersteht, durch Arrest, wie gegen einen Fremden, das forum dahier begründet werden darf.

Entscheidung des A.-G. in Sachen Schmidt ca. Arnold vom 21. Februar 1827.

Desgl. des O.-A.-G. in Sachen Einkommensteuer-Commission ca. Mühlheus vom 21. Januar 1856*)

Ebenso ist nicht anzuerkennen, daß ein zulässiges Arrestobject nicht vorhanden sei. Es kann unerörtert bleiben, ob die Erbschaft bei dem Tode des einen Ehegatten sofort den Kindern deferirt ist, oder ob der vollendete Anfall erst mit dem Ableben des anderen Ehegatten, welcher im Besitz und in der Nutznießung war, eintritt, jedenfalls ist soviel gewiß, daß ein solches Vermögen nicht in das Eigenthum des Ueberlebenden, soweit dieser dasselbe nicht kraft eigenen Erbrechts erworben hat, übergeht. Den Kindern steht daher auch schon vor dessen Ableben immerhin ein gewisses Recht zu. Es ist ihnen, wie sich die Reform. Thl. III. Tit. 2, § 3 ausdrückt, die Erbschaft allbereit betagt verfallen.

---

*) Siehe Bd. II. S. 288.

Auch solche Güter und Ansprüche zum Gegenstand einer Arrestanlegung, womit in die Befugnisse des Verwalters und Nutznießers in keiner Weise eingegriffen wird, zu nehmen unterliegt keinem gegründeten Anstande.

Baier, Summarische Prozesse, § 21.

Schmidt, Handbuch der Civilproz. Bd. III. S. 137.

Nach constanter hiesiger Praxis ist selbst zum Zwecke der Hülfsvollstreckung die Nachtung in ein Immobile, an welchem dem noch lebenden anderen parens die Verwaltung und Nutznießung zusteht, stets zugelassen worden.

Impetrat hat zwar in dieser Instanz eine Verfügung des Stadtgerichts II. beigebracht, nach welcher er sich seiner mütterlichen Erbschaft entschlagen hat, allein auf dieses Novum kann aus formellen Gründen hier keine Rücksicht genommen werden, weil er versäumt hat, der Vorschrift des §. 61 des Gesetzes vom 7. November 1848 nachzukommen.

Aus diesen Gründen wird die von dem Appellanten wegen nicht rechtzeitiger Appellationseinlegung nachgesuchte Restitution unter Verurtheilung desselben in die Kosten dieser Instanz abgeschlagen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 5. April 1864.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 2. Juni 1862, wie hiermit geschieht, wieder aufzuheben, der Impetrat gegen den Ablauf der Appellationseinlegungsfrist in voriger Instanz zu restituiren, und der von dem Stadtgericht unterm 3. Februar 1862 wider ihn erkannte Arrest unter Verurtheilung des Impetranten in die dadurch entstandenen Schäden und Kosten, aufzuheben sei.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz sind zu vergleichen und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Impetrat verlangt in voriger und gegenwärtiger Instanz die Aufhebung des von dem Stadtgericht unterm 3. Februar 1862 verhängten Arrestes, und diesem Verlangen war zu entsprechen.

Denn

1. die Ansicht des Appellationsgerichts, es handle sich gegenwärtig nur um die wider die Arrestverfügung vom 3. Februar 1862 Nr. 3 unterm 15. März desselben Jahres eventuell eingelegte Appellation, und die wider den Ablauf der Einwendungsfrist erbetene Restitution sei „unter Umständen wie die vorliegenden," abgesehen von der Frage, ob eine Verletzung vorliege, zu bewilligen, mußte als richtig angesehen werden. Von den beiden im Fall einer Arresterkennung zu deren Beseitigung in Frankfurt zulässigen Wegen, der Einrede der Erschleichung vor dem Richter, welcher den Arrest verhängt hat, und der Appellation an den höheren Richter, hat der Impetrat in der Eingabe vom 15. März den Letzteren mit der Bitte um sofortige Aufhebung des Arrestes gewählt, und das Stadtgericht diesem Verlangen in dem Decret vom 17. 19. März nicht entsprochen, sondern unter Nr. 2 desfalls Verweisung an die Gerichtscommission zur summarischen Verhandlung verordnet, dagegen aber unter Nr. 3 wegen der Appellations-Einlegung bis zum Nachweis der Insinuation (der Arrestverfügung) weitere Verfügung vorbehalten. Nun konnte aber der unterm 29. März gegen Nr. 1 (rect. 2) gerichteten Appellationseinlegung um deswillen keine Bedeutung beigelegt werden, weil Rechtsmittel gegen Verfügungen, welche nicht als die Einleitung einer Verhandlung über eine bestrittene Frage enthalten, unzulässig sind. Es handelt sich daher nur um die gegen die Arrestverfügung gerichtete, am 15. März angezeigte Appellation, und es fragt sich zunächst, ob sie formell zu Recht bestehe. Daß nun auch bei Betretung dieses Weges die Einhaltung der Förmlichkeiten, welche für Appellationen vorgeschrieben sind, nothwendig sei, kann ebensowenig bezweifelt werden, wie, daß die Einwendungsfrist von 10 Tagen am 15. März abgelaufen war, indem nunmehr feststeht, daß die Arrestverfügung vom 3. Februar am 20. deff. Mts. dem Impetraten behändigt ward. Es bedarf also einer Restitution und diese mußte ungeachtet des Umstandes,

daß ihr Grund mangelhaft bescheinigt war, ertheilt werden. Der Impetrat hat nämlich durch

[7] der App.=Ger.=Akten

zwar bescheinigt, daß ein Brief von Alexandrien nach Frankfurt acht bis neun Tage unterwegs sei, nicht aber, daß die Möglichkeit der Absendung vom 20. bis zum 27. Februar gefehlt habe. Da indessen aus bekannten Posthandbüchern hervorgeht, daß zu jener Zeit die Dampfschiffe von Alexandrien nach Triest u. A. am 20. und 28. jeden Monats Vormittags 10 Uhr abgehen sollen und da nicht anzunehmen war, daß die nach der Behändigung vom 20. erforderliche Vollziehung der Vollmacht nebst Beglaubigung so zeitig habe beschafft werden können, um bereits am 20. expedirt zu werden, und da der Richter derartige allgemein bekannte Notizen zu Gunsten einer Partei auch dann berücksichtigen darf, wenn diese es vernachlässigt hat, sich darauf zu berufen, so war die erbetene Restitution zu bewilligen, weil der Impetrat faktisch nicht in der Lage war, binnen zehn Tagen gegen die Arrestverfügung zu appelliren. Dagegen konnte

2. der Ansicht des Appellationsgerichts, daß der Impetrat durch die Arrestverfügung nicht verletzt sei, nicht beigepflichtet werden. Und zwar um deswillen, weil es im vorliegenden Falle an der Bescheinigung des Vorhandenseins eines Arrestgegenstandes fehlt. Es mußte nämlich der entgegengesetzten, von dem Impetranten als unzweifelhaft hingestellten Ansicht ungeachtet, von dem Ober=Appellations=Gerichte dabei verharrt werden, daß die Ansicht von Orth, nach welcher ein Sohn seine Mutter durch deren Tod ohne Willenserklärung beerben soll, unhaltbar sei, es vielmehr in diesem Fall bei den Grundsätzen des gemeinen Rechtes verbleibe, nach denen der Tod der ohne Testament verstorbenen Mutter für deren Kinder nur den Anfall, nicht aber den Erwerb der mütterlichen Erbschaft zur Folge hat. Bereits in der Sache

Dietz ca. Wiesen cur. des abwes. Zeh, April 1833.*)

wurde die Frage berührt, jedoch unentschieden gelassen. Allein schon in Sache

v. Riese Administr. ca. Röschel j. Kinder Januar 1834.**)

wurde dieselbe theoretisch verneint, und die hier nur in den Gründen

*) Siehe S. 328.

**) Siehe S. 330.

zu gedachtem Urtheil enthaltene Ausführung ist in zwei späteren Sachen in der Entscheidung befolgt:

Günther ca. Rauch, Dezember 1844.*)

Fresenius ca. Herff, April 1845 (Römer Sammlg. Bd. IV. S. 514. z. E.**)

Geht man aber von dieser Ansicht aus, so fehlt es für die Arrestanlage an dem Nachweis eines wesentlichen Punktes, nämlich an der Erbschaftsantretung durch Wort oder Handlung des Impetraten, deren Möglichkeit bei Lebzeiten des überlebenden Ehegatten dahin gestellt bleiben konnte. So lange es aber hieran fehlt, kann nicht davon die Rede sein, daß die Erfordernisse des hier allein zutreffenden Art. 51 der Prov. Proz.-Ordnung, verbis: „dessen dahier befindliche Effecten vorlägen, indem bis dahin nur eine Aussicht auf den Erwerb der in der Erbschaft enthaltenen Sachen- und Forderungsrechte vorhanden ist, nicht aber dieser Erwerb selbst, und dessen bedurfte es jedenfalls hier, wo der Arrest zur Begründung des Gerichtsstandes dienen sollte.

Mußte derselbe sonach in Gemäßheit der Beschwerde aufgehoben werden, so war ein Ausspruch über die weiteren Folgen dieser Aufhebung dem Stadtgerichte zu überlassen, und bei diesem Ergebniß ein Eingehen in die sonstigen von den Parteien für ihre respectiven Zwecke aufgestellten juristischen Momente nicht erforderlich.

Die Aufhebung des Arrestes hat die Verurtheilung des Impetranten in die durch dessen Anlage erwachsenen Schäden und Kosten und der Wechsel der Erkenntnisse, die Vergleichung der in beiden höheren Instanzen erwachsene Kosten zur Folge.

Auszüge aus den Seite 327 und 328 angezogenen Entscheidungen in Sachen:

1. Dietz ca. Jeh 1833.

2. Anlangend das Fundament aus dem jus accrescendi, so würde hierbei zwar auf den Umstand, ob Christoph Hirneiß den Zeitpunkt, wo die Portion des Verschollenen vakant geworden und also

*) Siehe S. 336.

**) Siehe Bd. IV. S. 34.

den übrigen Erben angefallen ist, erlebt hat, nichts ankommen, sondern es genügen, daß derselbe seine portio institutionis angetreten.

L. q. D. de suis et legitim. hered.

L. un. §. 10. C. de caducis toll.

Aber auch dieses Fundament erscheint:

a. schon aus dem Grunde als hinfällig, weil, sofern man es als einen ausgemachten Satz des Frankfurter Rechts betrachtet, daß alle Leibeserben die Erbschaft ihrer Eltern — auch der Mutter — ipso iure, ohne Antretung oder pro herede gestio, wie die sui heredes des gemeinen Rechts erwerben,

Klotz, differentiae jur. civil. et reform. Francof., S. 91.

J. C. Goethe, de aditione hered. ex. jur. Rom. et patrio, c. 2. § 5 in f.

Orth, Anmerk. 3. Forts. S. 11. 12. 43. 44.

v. Adlerflycht, Frankf. Privatr. II. S. 594. 595.

die Portion des Verschollenen nicht dadurch, daß derselbe solche bis zu seinem präsumtiven Tode nicht angetreten hat, sondern nur in dem Falle eine portio vacans geworden sein würde, wenn der Verschollene deren Anfall nicht erlebt hätte, also vor seiner Mutter verstorben wäre, nun aber dieser letztere Thatumstand nach dem Obigen als völlig ungewiß erscheint.

Freilich entsteht bei diesem ersten Grunde das Bedenken, daß der gedachte Satz von der Erwerbung der Erbschaften bei Leibeserben in der Frankfurter Reformation selbst nicht enthalten ist. Denn die Stelle Thl. VI. Tit. 2. § 5 redet nicht von der Erwerbung der Erbschaft, sondern von der gerichtlichen Immission in den Besitz der Erbschaft und daraus, daß die Leibeserben von dieser Letzteren befreiet sind, folgt offenbar nicht, daß sie nicht, wie jeder andere heres non suus, die Erbschaft durch Antretung oder pro herede gestio erwerben müßten, da die Erwerbung der Erbschaft und die gerichtliche Immission in den Besitz derselben nach der Reformation ganz verschiedene Rechtsinstitute

Thl. VI, Tit. 1. und Thl. VI. Tit. 2.

und von einander unabhängig sind;

Thl. VI. Tit. 1, § 5.

vielmehr geht aus Thl. VI. Tit. 1. § 4 gerade das Gegentheil hervor,

indem hier der gemeinrechtliche Grundsatz der transmissio Theodosiana, daß Erbschaften der Ascendenten nur auf die Kinder des Erben transmittirt werden,

l. un. C. de his qui ante apert. tabul.

beibehalten ist; während doch, wenn die Reformation den mehrgedachten Satz von den Leibeserben annähme, eine solche Erbschaft ex iure suitatis auf alle Erben des Erben übergehen mußte.

Diehl (praesid. Koch), diss. de citat. edictali occasione reform. Francof., p. VI. tit. 2, § 3. 5 et 6 orta, pag. 28. not.

Jener Satz konnte also nur auf einem besonderen Frankfurter Gewohnheitsrechte oder Gerichtsgebrauche beruhen; und da die Existenz eines solchen weder von den oben angeführten Schriftstellern, noch von den vorigen Richtern, so sehr sie auch den Satz als eine ausgemachte behandeln, ausdrücklich bezeugt wird, so dürfte die Frage entstehen, ob nicht dem Imploraten, um das, nach gemeinem Rechte durch die Nichtantretung der Erbschaft begründete Fundament aus dem ius accrescendi zu elidiren, hierüber zuvörderst ein Beweis aufzuerlegen sein möchte?

2. v. Riese ca. Röschel 1834.

Die Appellanten gehen bei der Beschwerde:

daß ihnen der Beweis der wirklichen immixtio der mitbeklagten Röschel'schen Kinder in den Nachlaß ihrer Mutter auferlegt worden,

von der Ansicht aus, daß die Passiv-Legitimation der Mitbeklagten ohne diesen Beweis, wegen Unzulässigkeit der Repudiation bereits feststehe, und sie daher für die noch auszumittelnde Rückstandssumme jedenfalls mit zu haften verbunden seien.

Hierbei wird die Behauptung, daß die von den Appellaten am 30. August 1832 gerichtlich erklärte Repudiation der mütterlichen Erbschaft nicht mehr zulässig gewesen sei, auf den doppelten Grund gestützt, daß

I. die Röschel'schen Kinder inmittelst nach dem Tode ihrer Mutter auch Erben ihrer mütterlichen Großeltern geworden, und daß

II. am 30. August 1832 die in der Stadt-Reform. Thl. VI. Tit. 1, § 8 vorgeschriebene Repudiationsfrist längst verstrichen gewesen sei.

Beide Gründe sind aber völlig unhaltbar. Zu I. ist zwar die Thatsache von den Mitbeklagten nicht geleugnet worden, und auf der andern Seite haben die Kläger ausdrücklich selbst angeführt, daß die Beklagten nach dem Tode ihrer Mutter ihre Großeltern mütterlicher Seite beerbt haben.

Es ist aber nirgends gesetzlich vorgeschrieben, daß Enkel, deren Eltern vor den Großeltern verstorben, um diese Letzteren zu beerben, auch Erben ihrer Eltern werden müßten. Die Gesetzesstelle, auf welche sich hierbei gewöhnlich bezogen wird,

l. 3 C. unde liberi. (6. 14)

redet von dem Falle, wenn der Vater post avum verstorben, sie paßt daher, auch abgesehen von den Schlußworten „nisi per bonorum possessionem ad huius modi beneficium pervenerit," nicht auf den vorliegenden Fall, wo die Mutter der Appellaten vor deren Großeltern verstorben ist.

Auch das weitere Argument der Kläger: daß die Enkel nur jure repraesentationis ihrer Mutter erbten, also nothwendig Erben ihrer Mutter geworden sein müßten, kann der Behauptung der Kläger nicht zur Unterstützung dienen, indem zu dieser Art von Repräsentation die Qualität als Erbe nirgends als Bedingung vorgeschrieben ist, und überhaupt der Ausdruck „jus repraesentationis" in dem Gesetze gar nicht vorkommt, sondern nur gesagt ist:

„in proprii parentis locum succedere" Nr. 118, c. 1.
vergl. Leyser, med. sp. 422, med. 1.
Glück, Intestat-Erbfolge, ed. 2. S. 106.
Thibaut, System, Thl. II. § 683, S. 117, ed. 2.

Endlich ist die von den Klägern zugleich angeregte Vorschrift der Stadtreformation, daß die Kinder der abgestorbenen Miterben, wenn sie an ihrer Eltern Statt treten, deren Vorempfang einzuwerfen haben,

Thl. IV. Tit. 5, § 6.

offenbar nur eine gesetzliche Folge der Regel, daß die Enkel, welche

an ihrer verstorbenen Eltern Platz treten, nicht mehr aus der großelterlichen Erbschaft erhalten können und sollen, als die Eltern selbst, ihrer Collationsverbindlichkeit gegenüber, anzusprechen hatten. Aus diesem Grundsatze, der auch schon dem gemeinen Rechte gemäß sein dürfte, läßt sich aber keineswegs die Folgerung ziehen, daß die Enkel nur als Erben ihrer Eltern zur großelterlichen Erbschaft gelangen könnten.

Zu II. stützen die Kläger sich auf die Behauptung, daß durch den bloßen Ablauf der in der Reform. VI. 1, § 8. vorgeschriebenen Repudiationsfrist alles Recht zur Ausschlagung einer Erbschaft ipso jure verloren gehe, und dieserhalb der Erbe nun nothwendig an die Erbschaft gebunden sei.

Es läßt sich aber dieser Behauptung bei richtiger Auslegung des angeregten ersten Titels der Stadtreformation, auf die hier alles ankommt, überall nicht beipflichten. Es würde

1. zu offenbaren Ungereimtheiten und Widersprüchen führen, wollte man dem Statut den Sinn beilegen, von welchem die Kläger ausgehen.

a. Dieselbe Frist von zwei und beziehungsweise drei Monaten ist in dem angeregten § 3 des Statuts zur Antretung und § 8 zur Ausschlagung einer Erbschaft vorgeschrieben. Könnte man nun aus § 8 schließen: Nach Ablauf der zwei oder drei Monate ist der Erbe ohne weitere Repudiations-Befugniß als Erbe verpflichtet, müßte mit demselben Rechte aus § 3 gleichzeitig geschlossen werden. Nach Ablauf jener Frist ist die Erbschaft für ihn ipso jure verloren. Es würde also aus dem bloßen Stillschweigen während der gesetzlichen Frist folgen, daß der Berufene zugleich Erbe und Nichterbe sein müßte.

b. Im Thl. VI. Tit. 1, § 4. der Reform. ist der Grundsatz: „hereditas non adita non transmittitur“ ausdrücklich anerkannt, und der Erbe wegen der Folgen dieser Regel verwarnt, mit dem Antritte nicht zu lange zu zögern. Wäre es aber Rechtens, daß die innerhalb obgedachter Frist unterlassene Repudiation ohne Weiteres zum Erben mache, so könnte jene Regel nur noch in dem Falle Anwendung finden, wenn der Erbe innerhalb der Repudiationsfrist verstürbe. Grade für diesen Fall gilt aber die Regel: „hereditas non adita non transmittitur“ nicht, da es bekannt ist, daß der innerhalb der Delibera-

tionsfrist verstorbene Erbe die Erbschaft mittelst der sogenannten transmissio Justinianea auf seine Erben transmittirt. Nach dem Sinne, welchen die Kläger dem § 8 cit. unterlegen, würde also die Regel: „hereditas non adita etc.“ in dem Frankfurter Rechte ganz wegfallen was doch nach den klaren Worten des § 4 sich anders verhält, und offenbar darlegt, daß die Auslegung der Kläger mit den Gesetzen selbst unvereinbar ist, sondern zu ganz ungereimten Widersprüchen führen würde. Daß nun

2. manche Schriftsteller den mehrgedachten § 8 in diesem Sinne ausgelegt, und, wie Orth anführt, auch mehrere ältere Präjudicate in diesem Sinne errungen sind, kann bei so klarem doctrinellem Irrthume um so weniger in Betracht kommen, weil die neuere Praxis den Satz, auf welchen die Appellanten ihre Beschwerde stützen, ausdrücklich verworfen hat; wie die Erkenntnisse der Frankfurter Gerichte außer dem vorliegenden Falle und mehreren anderen, namentlich in den Sachen: Briesinger ca. Winter vom Jahre 1823, und Meyer ca. Ziegler vom Jahre 1828, und die Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts sowohl in den beiden ebengenannten Sachen, als in Sachen Raunheim ca. Oppenheim vom 16. Juni 1829 bewähren.

Man kann daher

3. Der Reformationsstelle IV. 1, § 3 und 8 nicht den Sinn unterlegen, als ob mit dem Ablaufe der genannten Frist der berufene Erbe ipso jure die Befugniß verliere, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, — ein Rechtsnachtheil, der in dem Gesetze überall auch nicht angedroht wird, — der Zusammenhang des Ganzen und die nothwendige Vermeidung von Widersprüchen läßt vielmehr die Auslegung nur dahin zu, daß der Erbe während jener zwei oder drei Monate frei und ungehindert deliberiren könne, ohne daß er innerhalb dieser gesetzlichen Frist zu einer Erklärung gedrängt und dadurch etwa in Verlegenheit gesetzt werden dürfte, daß er dagegen, wenn er nach Ablauf jener gesetzlichen Frist von einem zu solcher Interpellation Berechtigten zur Erklärung aufgefordert wird, sich sogleich unter dem, nach Verschiedenheit der Fälle eintretenden Rechtsnachtheile zu erklären verbunden ist.

Für diese Auslegung spricht

a. der Umstand, daß der ganze in Frage stehende Titel der Reformation sich auf das Genaueste an das Römische Recht anschließt, und die Frist von zwei oder drei Monaten nur eine Abkürzung der Römischen Frist von einem Jahr oder resp. neun Monaten ist, was auch § 2 und 3 des fraglichen Titels der Reformation ausdrücklich gesagt wird.

Wo daher das Statut selbst die Wirkungen, welche der Ablauf der Frist haben soll, nicht näher bestimmt, muß dasselbe nothwendig aus dem gemeinen Rechte ergänzt werden. Die Wirkungen des abgelaufenen tempus deliberandi bestehen aber (wenigstens nach der sonst allgemein angenommenen Lehre, auf welche doch bei Auslegung der, nach den Begriffen der früheren Schule bearbeitenden Particularrechte vorzugsweise gesehen werden muß,) nicht darin, daß heres non repudians eo ipso Erbe sei, sondern daß er sich sofort auf eine deshalb an ihn ergehende Aufforderung erklären muß, und erst dann, wenn er die Erklärung nun verweigert, zu Gunsten der Gläubiger oder Legatarien als Erbe behandelt wird.

Es spricht dafür

b. die für die Abkürzung der Römischen Frist in § 3 des fraglichen Titels der Reformation angeführte ratio legis:

> daß denjenigen, so etwa auch Erben sein oder werden möchten, desgleichen den Legatarien und Gläubigeren, zu viel beschwerlich, die Zeit des Jahres zu erwarten.

Diese ratio legis macht es keineswegs nothwendig, daß der Erbe nach Ablauf der abgekürzten Frist von zwei oder drei Monaten ipso jure als Erbe behandelt werde, was den substituirten Erben, auf welche das Gesetz doch auch Rücksicht nimmt, vielmehr zum offenbaren Nachtheile gereichen könnte, sondern sie erfordert nur so viel, daß er sich nach dem Ablaufe der Frist auf die erste Interpellation sofort erklären müsse.

Die in Frage stehende Reformationsstelle erhält

c. nur durch diese Auslegung einen folgerechten Sinn; nur so paßt alles gehörig zusammen, nur so werden die oben angeregten Widersprüche (II. 1, a und b.) und eine wenigstens sehr gezwungene und daher unhaltbare anderweite Erklärung vermieden. Will man nämlich annehmen, daß mit dem Ablaufe der Frist das Recht, anzu-

treten oder auszuschlagen, ipso jure, verloren gehe, so würde, um jene Widersprüche zu beseitigen, nichts übrig bleiben, als anzunehmen, daß der Erbe, welcher die Frist hat verstreichen lassen, nun unabänderlich die Qualität behalte, die er während der Frist gehabt hat, also für einen Erben, der zum Erwerbe einer besonderen Antretung bedurfte, die Erbschaft völlig verloren sei, ein ipso iure erwerbender Erbe aber dieselbe unvermeidlich behalten müsse. Demnach würde der § 8 nur auf heredes ipso jure Anwendung finden.

Diese Auslegung würde aber schon mit dem Wortlaute des Statuts schwer zu vereinigen sein, weil der § 8 ganz allgemein gefaßt ist und mit keiner Silbe andeutet, daß er nur von Erben ipso jure rede, überdies aber der in diesem Paragraphen gebrauchte Ausdruck „Repudiation" auf heredes ipso jure nicht passen, der geeignete vielmehr abstinere gewesen sein würde.

Die hier angenommene Auslegung ist auch

d. keinesweges neu, sie findet sich vielmehr schon

α. in dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts vom 6. Juni 1828 in der oben angeregten Sache Meyer ca. Ziegler, und

β. in den Entscheidungsgründen des Ober-Appellationsgerichts vom 16. Juni 1829 in der Sache Rannheim ca. Oppenheim, S. 5 und 6 mit Bestimmtheit ausgesprochen.

Legt man aber diese Erklärung zu Grunde, so können die Appellaten keineswegs als Erben ihrer Mutter angesehen werden, weil sie, sobald die Kläger sie in dieser Eigenschaft in Anspruch nehmen, ohne alle weitere Deliberation am 30. August 1832 sofort erklärt haben, daß sie den mütterlichen Nachlaß hiermit ausgeschlagen haben wollten.

Es macht hierbei auch

4. überall keinen Unterschied, wenn man die Appellaten nach der zu Frankfurt sehr allgemein herrschenden Meinung für suos heredes halten müßte. Denn abgesehen davon, daß dieser Satz in der Reformationsstelle, welche dafür angezogen wird,

Thl. VI. Tit. 2, § 5.

gar nicht zu finden ist, und lediglich auf einer Verwechslung der Erwerbung der Erbschaft mit der Immission in dieselbe beruhet, wie solches von dem Ober-Appellationsgerichte bereits in Sachen Dietz ca. den Zeh'schen Curator in den Entscheidungsgründen ad. Sentent.

d. 25. April 1833 umständlich nachgewiesen worden ist: so würde doch auch nach der gewöhnlichen Ansicht den Mitbeklagten das den suis heredibus zustehende beneficium abstinendi nicht zu versagen sein. Nun ist aber durchaus kein Grund vorhanden, den suus heres welcher sich dieses beneficii bedienen will, in Anspruch der ihm dazu offen stehenden Zeit strenger zu behandeln als den heres voluntarius bei der Repudiation; vielmehr bestimmt bekanntlich das gemeine Recht für den Gebrauch dieses beneficii überall keine bestimmte Zeit, sondern gestattet dasselbe so lange, als keine immixtio erfolgt ist.

Es mußte daher das Erkenntniß der vorigen Richter, welches die Passiv-Legitimation der Mitbeklagten als Erben ihrer Mutter nur dann für berechtigt annimmt, wenn sie sich in den Nachlaß derselben immiscirt haben sollten, lediglich bestätigt werden. Da indessen die von den Klägern vertheidigte Meinung das Ansehen der gewöhnlichen Schriftsteller über das Frankfurter Recht für sich hat, und überhaupt in den Ansichten über die hier einschlagenden Vorschriften der Reformation manche Verwirrungen herrschen, so waren die Kosten der gegenwärtigen Instanz gegen einander aufzuheben.

3. Günther ca. Rauch Nachlaß-Administration 1844.

Der Kläger stützt:

I. seinen Anspruch auf die Administration des Muttergutes seiner Ehefrau auf einen doppelten Grund, nämlich:

A. darauf, daß die im Testamente seines Schwiegervaters getroffene Disposition, wodurch dieses mütterliche Vermögen, gleichwie der übrige Nachlaß, seiner, des Klägers, Verwaltung entzogen worden, null und nichtig sei und durch die Anerkennung von Seiten seiner Ehefrau nicht habe aufrecht erhalten werden können,

B. darauf, daß jedenfalls diese Anerkennung seiner Ehefrau ohne seinen, des Klägers, Consenz gegen ihn unwirksam sei.

Es mußten jedoch beide Gründe für verwerflich erachtet werden. Soviel nämlich:

ad. A. den ersten Grund betrifft, so sind zwar nach Frankfurter Rechte bei beerbter Ehe mit dem eintretenden Tode eines der Ehegatten von den von diesem herstammenden Gütern alle Immobilien

und die Hälfte der Mobilien, sowie außerdem die Hälfte der ehelichen Errungenschaft den Kindern eigenthümlich (erblich) verfallen, während der überlebende Ehegatte nur den lebenslänglichen Ususfruct und Beisaß davon behält,

Reform. V. 4. § 5; V. 5. § 10.

woraus denn folgt, daß dieser nicht das Recht hat, über die gedachten Güter irgendwie zum Nachtheil der Kinder mortis causa zu verfügen.

Dagegen steht dem überlebenden Ehegatten hinsichtlich des übrigen ehelichen Vermögens sowohl, als des im Wittwerstande erworbenen, insofern er nur den Kindern ihren Pflichttheil ungeschmälert hinterläßt, freie letztwillige Disposition, mithin auch das Recht zu, wenn er den Kindern ein Mehreres als den Pflichttheil zuwenden will, den Erwerb dieses Mehreren an eine Bedingung zu knüpfen, welche Bedingung natürlich auch darin bestehen kann, daß die Kinder hinsichtlich des ihnen bereits verfallenen Gutes des vorverstorbenen Ehegatten gewissen beschränkenden Verfügungen sich unterwerfen, so daß sie also die Wahl haben, ob sie den ganzen Nachlaß mit dieser Beschränkung, oder aber das Gut des parens praemortuus und den Pflichtnachtheil vom Gute des parens superstes ohne diese Beschränkung erwerben wollen.

So verhält es sich aber mit der vorliegenden Disposition des Schwiegervaters des Klägers, und wenngleich es daher nicht passend ist, hier von der cautela Socini zu reden, so treten doch analogisch hier dieselben Grundsätze ein, und ergiebt die obige Ausführung, daß von einer Nichtigkeit dieser Disposition nicht die Rede sein kann.

Anlangend aber

ad. B. den zweiten Grund des Klägers, so stellt hier derselbe alles darauf, daß

erstens nach Frankfurter Rechte dem Ehemanne in Beziehung auf alles Gut der Frau, mit alleiniger Ausnahme der bona receptitia, ein Verwaltungsrecht zustehe, welches die Frau ihm zu entziehen nicht berechtigt sei, und daß

zweitens dieses Verwaltungsrecht auch dasjenige Gut der Frau ergreife, welches derselben erworben, wenngleich noch nicht in die eheliche Were gekommen sei.

Hier kann man nun aber die Frage, ob wirklich dem Ehemanne nach Frankfurter Particularrecht ein solches Verwaltungsrecht, wie der

Kläger es in Anspruch nimmt, zustehe, was sehr erheblichen, vom Ober-Appellationsgerichte bereits bei einer früheren Gelegenheit

zum Urtheil vom 18. November 1834 in Sachen Maurer Ehefrau ca. Maritum.

umständlich dargelegten Bedenken unterliegt, ganz dahin gestellt sein lassen, da jedenfalls als ausgemacht gelten kann, daß dem Kläger nicht das Recht zusteht, seine Ehefrau zu zwingen auf die väterliche Erbschaft mit Ausnahme der legitima zu verzichten, statt sie mit der Auflage, sich die angeordnete Administration auch in Beziehung auf das Muttergut gefallen zu lassen, anzunehmen. Denn dies folgt aus dem unzweifelhaft richtigen Principe, daß da, wo die Frau nothwendig selbst handeln muß, oder es doch eines besonderen Auftrages derselben bedarf, um den Mann zum Handeln für sie zu ermächtigen, dieser solchen nicht erzwingen kann,

Runde, Deutsches eheliches Güterrecht § 96 — 97.

ein Princip, welches der Kläger in Beziehung auf die Ausschlagung der Frau deferirter Erbschaften selbst als richtig anerkannt.

Freilich ließe sich nun hiergegen einwenden, daß die geschehene Antretung der Frau zwar rücksichtlich ihrer selbst im Uebrigen volle Wirkung behalten, nichtsdestoweniger aber dem Kläger, falls er ein wohlerworbenes Recht auf die Verwaltung des Frauenguts habe, dieses nicht entziehen könne. Allein, abgesehen davon, daß es sich hier nicht fragt, ob der Kläger ein Gut, was bereits unter seiner Verwaltung steht herauszugeben schuldig, sondern ob er befugt sei, das Gut aus der Verwaltung, unter welche es in Folge der Erbschaftsantretung seiner Ehefrau bereits gekommen ist, unter die seinige zu ziehen, tritt hier der entscheidende Grund ein, daß das Muttergut der Ehefrau des Klägers vor ihrer Antretung der väterlichen Erbschaft noch gar nicht vollständig erworben gewesen ist.

Daß dem also sei, ist nämlich klar, man mag nun davon ausgehen, daß nach Frankfurter Rechte in den Gütern, welche durch den Tod des erstverstorbenen Ehegatten den Kindern nach dem Ausdruck der Reformation „eigenthümlich“ oder erblich verfallen und „betagt“ sein sollen,

Reform. V. 4. § 5. V. § 10. III. 2. § 3.

ihnen eine besondere Erbschaft dieses Ehegatten sofort mit dem Tode desselben wirklich deferirt werde, oder aber, daß durch jenen Ausdruck nur das Recht der Kinder an diesen Theilen des in der Were des überlebenden Ehegatten vereinigt bleibenden ehelichen Gutes bezeichnet werden soll, kraft welcher diesem einseitige Dispositionen über die Substanz derselben zum Nachtheil der Kinder entzogen sind.

Denn nimmt man dieses Letztere an, was allerdings Manches für sich hat, indem sich namentlich dadurch erklärt, daß es in der Reformation für nöthig befunden ist, ausdrücklich zu gestatten, solche betagte und verfallene Güter, an denen, dem überlebenden parens noch der Usufruct und Beisaß zusteht, in Heirathsbriefen zu verschreiben:

Reform. III. 2, § 3.

woraus folgt, daß nur unter dieser Voraussetzung dem Ehegatten eine Statutarportion daran zusteht, so leidet es keinen Zweifel, daß der vollendete Anfall dann erst mit dem Tode des überlebenden parens eintritt.

Allein auch wenn man das Erstere annimmt, so folgt daraus im vorliegenden Falle keineswegs, daß das Muttergut der Ehefrau des Klägers derselben vor dem Tode ihres Vaters schon wirklich erworben gewesen ist. Denn der Kläger hat nirgends behauptet, daß seine Ehefrau die Erbschaft ihrer Mutter schon bei Lebzeiten des Vaters durch einen besonderen Act angetreten hätte, wie eine Antretung in solchem Falle denn auch in Frankfurt überall nicht üblich ist; sondern er stützt sich lediglich darauf, daß dieser Nachlaß ihr, als Leibeserbin durch den Tod der Mutter ipso jure erworben worden sei.

Die Ansicht, welche dieser Annahme zum Grunde liegt, daß nämlich alle Leibeserben, als solche, Erbschaften ipso jure erwerben, beruht aber auf einem offenbaren Irrthum und zwar auf einer Verwechselung der in der

Reform. VI. 2, § 5,

der einzigen Stelle, welche man dafür geltend macht, vorkommenden Immission in den Besitz mit der Antretung, und wird vollständig widerlegt durch die Bestimmung der

Reform. VI. 1, § 4,

indem, wenn Leibeserben nach Frankfurter Rechte keiner Antretung be-

dürften, in dem dort erwähnten Falle der Transmissio Theodosiana die Erbschaft ex jure suitatis nicht bloß auf die Kinder, sondern auf alle Erben des Erben ohne Unterschied transmittirt werden würde, wie denn das Ober-Appellationsgericht diesen Grundsatz schon wiederholt ausgesprochen hat.

ad Sent. vom 25. April 1833 in Sachen Dietz ca. den Zeh'schen Curator.

ad Sent. vom 28. Januar 1834 in Sachen von Riese Nachlaß-Administratoren ca. Röschel.

War nun aber das Muttergut der Ehefrau des Klägers vor dem Tode ihres Vaters noch nicht erworben, mithin auch dem Kläger nicht das Recht auf die Verwaltung desselben, so hat auch ihre Anerkennung des Testaments für den Kläger dieselbe Wirkung, die er derselben in Beziehung auf das Vatergut selbst einräumt, daß er sich nämlich die angeordnete Administration desselben gefallen lassen muß.

Eben so unbegründet ist

II. der Anspruch des Klägers, die ihm von seinem verstorbenen Schwiegervater zur Leistung seiner Amts-Caution geliehene Obligation von fl. 500 als dos zu behalten.

Man kann es nämlich ganz unerörtert lassen, ob, wie in den beiden vorigen Instanzen angenommen worden, die Ausstattung und Beihülfe, welche der Ehefrau des Klägers auch nach Frankfurter Rechte von ihren Eltern gebührt,

Reform. III. 8, § 11. V. 8, § 15.
Rathschluß vom 15. September 1733, § 4.

ihr bereits in genügendem Maße geworden. Denn es ist jedenfalls entscheidend, daß der Kläger seinen Anspruch nicht auf eine von seinem verstorbenen Schwiegervater ihm geschehene Promissio dotis, sondern auf die gesetzliche Verpflichtung desselben gegründet, seine Tochter bei ihrer Verheirathung seinem Stande und Vermögen entsprechend auszusteuern, eine Forderung darauf aber nur der Frau, nicht dem Manne für seine Person zusteht, und daher auch nicht von ihm gegen den Willen der Frau klagend verfolgt werden kann. Wie nämlich eine solche Befugniß des Ehemannes nach der richtigen Meinung schon nach gemeinem Rechte nicht stattfindet,

Hasse, Güterrecht der Eheleute, § 104.

Mühlenbruch, Pandecten III. § 524.

Puchta, Pandecten § 317 und 415 not. d.

indem die abweichende Ansicht Anderer:

Thibaut, Pandecten § 339.

Tigerströme, Dotalrecht I. S. 156.

auf einer Verwechselung der Dotationspflicht (gegenüber der Frau) und der Verbindlichkeit aus der dotis promissio (gegenüber dem Manne) beruht; so auch namentlich nicht nach Frankfurter Rechte, indem nach der Verordnung von 1733 § 4 die Eltern nur auf der Kinder . . . . . geziemendes und bescheidenes Anrufen zu einer ihrem Stande und Vermögen gemäßen Aussteuerung angehalten werden sollen.

War somit die Appellation des Klägers, wie geschehen, als durchaus unbegründet zu verwerfen, so war derselbe auch in deren Kosten zu verurtheilen.

361.

Graf Wilhelm v. Reichenbach-Lessonitz, Kläger, Widerbeklagter, Intervent gegen **M. v. Deines** und **A. Wöhler,** Beklagte und Widerkläger, und **Graf Gustav Carl v. Reichenbach,** Intervenient, Abrechnung und Auslieferung von Fideicommiß-Einkünften betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 27. November 1861.

1. Die Klage ist gegen die Mitglieder der von Kurfürst Wilhelm II. mittelst Rescriptes vom 23. Mai 1846 [18] act. angeordneten Administration gerichtet, welchen, unter dem Namen einer „Gräflich v. Reichenbach-Lessonitz'schen Fideicommiß-Behördé," die Verwahrung und Verwaltung des dem Kläger von seinem Vater, Kurfürst Wilhelm II., mit Urkunde vom 8. Februar 1828 [15] geschenkten, später mittelst Urkunde vom 2. Juni 1838 [17] mit fideicommissarischer Eigenschaft belegten Vermögens, soweit dasselbe in Capitalien besteht, übertragen worden ist. Kläger, als derzeitiger Fideicommiß-Inhaber, verlangt die Stellung der Verwaltungsrechnungen für die Jahre 1852, 1853 und 1854, sowie die Herauszahlung der hiernach zu seinen Gunsten entfallenen Revenüen, behauptend, daß das Eine und Andere von den Beklagten ohne Grund verweigert werde.

2. Da die Beklagten lediglich in ihrer Eigenschaft als die derzeitigen Mitglieder der genannten Fideicommiß-Behörde in Anspruch genommen sind, diese Behörde aber in Folge der ausdrücklichen Bestimmung des Rescriptes vom 23. Mai 1846 hierorts ihren Sitz hat, auch die Gesammtheit der ihr eingeräumten Rechte und auf-

erlegten Pflichten dahier ausübt, deshalb aber auch wegen etwaiger Ansprüche aus der von ihr geführten Verwaltung dahier zu Recht stehen muß, so ist der hiesige Gerichtsstand für vorliegende Klage nicht nur wider die dahier wohnhaften Administrationsmitglieder, sondern ebenso wider den zu Cassel domicilirten Mitadministrator Wöhler begründet, zumal Letzterer die Solidarität der sämmtlichen Verwaltungsmitglieder für die in Frage stehenden Verwaltungshandlungen, somit auch seine Verantwortlichkeit für dieselben nirgends geläugnet hat.

Die bezüglich des Mitbeklagten Wöhler vorgeschützte Einrede der mangelnden Gerichtszuständigkeit erscheint hiernach grundlos.

3. Beklagte läugnen ihre angebliche Weigerung zur Stellung der geforderten Jahresrechnungen und Herausgabe der betreffenden Revenüen, indem sie behaupten, daß vielmehr Kläger selber durch ungerechtfertigte Vorenthaltung der ihm zur Einsicht übergeben gewesenen Rechnungsablage pro 1851 die weitere Rechnungstellung unmöglich gemacht habe, während sie demungeachtet die Revenüen bis 1. Juli 1853 an Kläger ausgezahlt, auch die von da an weiter fällig gewordenen Beträge demselben, wiewohl vergeblich zur Empfangnahme angeboten hätten.

Diese letzteren Thatsachen konnte zwar Kläger nicht läugnen. Da jedoch Beklagte einräumen mußten, daß sie später der am 23. November 1854 an sie gerichteten Aufforderung Klägers zur Auszahlung der rückständigen Revenüen nur bedingungsweise nachzukommen bereit gewesen seien, auch hieran, an der dem Rentenbezug Klägers gesetzten Bedingung zur Zeit nicht nur festhalten, sondern ihre Pflicht, dem Kläger die beanspruchten Zahlungen zu leisten, überhaupt in Abrede stellen, so kann auf das frühere Angebot, bezüglich die damalige Weigerung Klägers zur Annahme der fraglichen Revenüenbeträge dermalen nichts weiter ankommen, während, so viel die stattgehabten Auszahlungen betrifft, auf die damit theilweise bewirkte Klaglosstellung Klägers bei einer etwa erfolgenden Verurtheilung der Beklagten die geeignete Rücksicht zu nehmen sein wird.

4. Beklagte wollen die Auszahlung der beanspruchten Revenüen von der vorausgehenden Anerkennung der Fideicommiß-Behörde in ihrem rechtlichen Bestand Seitens des Klägers abhängig machen. Zu

solcher Forderung können dieselben jedoch als befugt nicht erachtet werden.

Es besteht kein Recht der Beklagten, und ebensowenig der als Intervenienten aufgetretenen Fideicommiß-Anwärter, auf eine ausdrückliche bindende Erklärung Klägers, daß er die Rechtsgültigkeit des Rescriptes vom 23. Mai 1846 und damit den Rechtsbestand der Fideicommiß-Behörde anerkenne. Ein solches Recht, bezüglich eine dem entsprechende Verbindlichkeit Klägers ist weder nach allgemeinen Rechtsprinzipien, noch in Folge der Besonderheit der in Betracht kommenden Kurfürstlichen Verordnungen begründet, weder im Fall der vorhandenen Rechtsbeständigkeit der fraglichen, insoweit der klägerischen Anerkennung gar nicht bedürftigen Institution, noch viel weniger im umgekehrten Fall.

Es bildet die geforderte Anerkennung aber auch nicht die Vorbedingung des Rechtes Klägers auf Perception der Fideicommiß-Revenüen und ebensowenig die nothwendige Voraussetzung für die Statthaftigkeit der erhobenen Klage. Denn der Fruchtgenuß des jeweiligen Fideicommiß-Besitzers ist (inhaltlich der Fideicommiß-Stiftungsurkunde [17]) überhaupt nicht an Bedingungen geknüpft, die Klage auf Herauszahlung der verfallenen Zinsenbeträge gegen die, jedenfalls factisch, im Besitz des Fideicommiß-Vermögens befindlichen Administratoren aber unter allen Umständen und nicht weniger dann begründet, wenn der eingesetzten Fideicommiß-Behörde in der That der erforderliche Bestand Rechtens mangeln sollte, da in diesem Fall Kläger sogar zu weitergehenden Ansprüchen, zur Einforderung der Substanz des in Händen der Beklagten befindlichen Fideicommiß-Vermögens berechtigt sein würde. Es hat daher auch für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites die Frage nach dem materiellen Rechtsbestand der auf dem Rescript vom 23. Mai 1846 beruhenden Fideicommiß-Behörde überhaupt keine weitere Bedeutung und können deshalb die weitläufigen, in den Schriftsätzen der Parteien hierüber enthaltenen Erörterungen, gleichwie auch die, vorzugsweise nun in dieser Richtung sich bewegenden Ausführungen der Intervenienten lediglich auf sich beruhen. Dagegen ist den Beklagten darin unbedingt beizupflichten, wenn sie sich zu dem Verlangen berechtigt halten, daß, so lange der dermalige Zustand besteht, die Rechtsgültigkeit des Rescriptes

vom 23. Mai 1846, beziehungsweise der Rechtsbestand der Fideicommiß-Behörde nicht durch richterliche Entscheidung endgültig aberkannt ist, Kläger den Empfang der ihm von der Fideicommiß-Behörde jeweilig zugehenden Zahlungen dieser Behörde durch ordnungsmäßige Quittung bescheinige, wogegen es hinwieder dem Kläger nicht verwehrt sein kann, dem Eintritt eines aus solcher Quittung etwa herzuleitenden Präjudizes der Anerkennung des Rechtsbestandes der Fideicommiß-Behörde durch geeignete Rechtsverwahrung, sofern er dies überhaupt für erforderlich halten sollte, zuvorzukommen.

5. Beklagte wenden jedoch ein, daß dem Kläger Ansprüche an die Revenüen des in ihrer Verwaltung befindlichen Fideicommiß-Vermögens nicht weiter zustehen, nachdem derselbe mit der wiederholt außergerichtlich erklärten Weigerung, den Rechtsbestand der Fideicommiß-Behörde anzuerkennen, in offene Auflehnung gegen eine Anordnung seines Vaters getreten, damit aber, in Folge der von Letzterem der Schenkungsurkunde vom 8. Februar 1828 [15] inserirten Pönalclausel, aller Vortheile aus dieser Schenkung verlustig gegangen sei. Hieraus folgern denn die Beklagten auch weiter die bislang für sie bestandene rechtliche Unmöglichkeit einer ferneren Revenüenauszahlung an den Kläger, da sie vielmehr bis zu ausgemachter Sache zur Einbehaltung der verfallenen Beträge im Interesse des oder der nunmehr Berechtigten verpflichtet gewesen seien, während der gegen sie gerichteten Klage jedenfalls die Einrede des unrechten Beklagten entgegenstehe, indem der Streit über den Rechtsbestand der Fideicommiß-Behörde und die, an die Thatsache der verweigerten Anerkennung derselben von Seiten des Klägers für diesen sich knüpfenden Folgen nicht mit ihnen, vielmehr mit den, bei dem Rückfall des geschenkten Vermögens bezugsweise, dem Aufhören des klägerischen Fruchtgenusses an demselben und dem Fortbestand der Fideicommiß-Behörde allein interessirten Rechtsnachfolgern des Fideicommiß-Stifters, resp. den Fideicommiß-Anwärtern zum Austrag zu bringen sei.

Diese letztere Einrede ist indessen allen Falles grundlos. Denn als Besitzer und Verwalter des fraglichen Fideicommiß-Vermögens sind die Mitglieder der Fideicommiß-Behörde bezüglich des Anspruches Klägers auf Zahlung der in ihren Händen befindlichen, durch vorgängige Abrechnung liquid zu stellenden, Zinsenbeträge an sich schlecht-

hin die rechten Beklagten, während der Umstand, daß behaupteter-maßen durch den Eintritt besonderer, zum Theil dem eigenen Verschulden Klägers beizumessender Verhältnisse, der Anspruch desselben auf die geforderten Revenüen zu Gunsten Dritter in Wegfall gekommen sei, immer nur dahin führen könnte, die Aufforderung dieser Dritten zur Theilnahme an dem, ihre Interessen so wesentlich berührenden Streite gerechtfertigt, nicht aber die sonsthin völlig begründete Passivlegitimation der Beklagten als aufgehoben und beseitigt erscheinen zu lassen.

Es muß aber der Einwand der Beklagten, daß Kläger seiner Ansprüche an das Fideicommiß-Vermögen, wie angegeben, verlustig gegangen sei, als unbegründet verworfen werden, wie dies auch bereits bei Entscheidung der auf die nämliche Behauptung gestützt gewesenen Prinzipalintervention Sr. Kgl. Hoh. des Kurfürsten **Friedrich Wilhelm I.** ausgesprochen worden ist.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die der Vermögensschenkung vom 8. Februar 1828 gesetzte Resolutivbedingung — die Verfügung, daß die Schenknehmer, oder einer derselben, falls sie den von dem Schenker inskünftig getroffen werdenden Bestimmungen und Anordnungen sich nicht unterwerfen würden, aller aus der Schenkung entspringenden Vortheile verlustig sein sollten — trotz des Mangels der weiterhin für solchen Fall ausdrücklich vorbehaltenen, in der Folge jedoch nicht erlassenen, besonderen Verordnungen jemals als zu voller rechtlicher Wirksamkeit gelangt zu erachten, ob — wie die Intervenienten die Frage richtig formuliren — dieser Vorbehalt weiterer specieller Verfügungen in copulativem oder aber limitativem Sinne aufzufassen sei, da auch im ersteren Falle von einer dermaligen Wirksamkeit jener Resolutivbedingung keine Rede mehr sein kann, dieselbe vielmehr als nachfolgend durch den Willen des Schenkers wieder aufgehoben zu betrachten ist.

Es ist selbstverständlich, daß diese dem freien Willen des Schenkers entsprungene, die Rechte des Beschenkten aus der Schenkung beschränkende Bedingung jederzeit von dem Schenkgeber nach seinem freien Ermessen wieder aufgehoben, das der Nichterfüllung gesetzte Präjudiz zurückgenommen werden konnte. Eines ausdrücklichen Widerrufes bedurfte es hierbei nicht, vielmehr genügte vollkommen der er-

kennbare, auf Beseitigung jener Resolutivbedingung gerichtete Wille des Schenkers. Dieser Wille ist aber in der von Kurfürst Wilhelm II. errichteten Fideicommiß-Stiftung zweifellos zu erkennen. Denn der Fortbestand jener in der Schenkungsurkunde vom 8. Februar 1828 enthaltenen Resolutivbedingung ist schlechthin unvereinbarlich mit der Verwandlung des geschenkten Vermögens in ein Familien-Fideicommiß und den dadurch begründeten Rechten der Anwärter.

Als Zweck dieser Fideicommiß-Stiftung hat Kurfürst Wilhelm II. in den Eingangsworten der Stiftungs-Urkunde die Sicherstellung der Wohlfahrt seiner Söhne Carl und Wilhelm von Reichenbach, sowie die Erhaltung des Glanzes ihrer Familien bezeichnet. Dieser Zweck ist seiner Natur nach ein dauernder, dessen von dem Stifter gewollte Erreichung die gleichzeitige Aufrechterhaltung der, der Vermögensschenkung beigefügt gewesenen, die Existenz dieser Schenkung und somit der darauf gegründeten Fideicommiß-Stiftung jederzeit in Frage stellenden Resolutivbedingung absolut ausschloß. Demgemäß ist denn auch, im entschiedenen Gegensatz zu dem ursprünglich nur bedingungsweisen Fortbestand der Schenkung das darauf basirte Fideicommiß im § 1 der Stiftungs-Urkunde als ein immerwährendes erklärt und im § 13 verordnet, daß die Auflösung des Fideicommiß-Verbandes niemals und in keiner Weise stattfinden solle.

Nach Inhalt der Schenkungsurkunde vom Jahre 1828 war das dem Grafen Wilhelm von Reichenbach zugewendete Vermögen demselben zum freien Eigenthum geschenkt und mochte daher seinem desfallsigen Rechtserwerb die Resolutivbedingung der Unterwerfung unter alle ferneren Verfügungen des Schenkers gesetzt, der Verlust der Schenkung für den Fall seines Ungehorsams verordnet werden. Durch die Constituirung dieses Vermögens zu einem Familienfideicommiß ist dagegen neben dem Beschenkten die ganze Reihe der berufenen Anwärter an diesem Vermögen mitberechtigt worden. Es konnte aber dies von dem Fideicommiß-Stifter direct begründete Recht der Anwärter nicht füglich von Bedingungen abhängig gemacht werden wollen, deren Erfüllung lediglich der Person des Beschenkten und ersten Fideicommiß-Besitzers auferlegt worden war und deren Uebertretung für diesen den Verlust seines Rechtes aus der Schenkung, nicht aber für die

Anwärter die Verwirkung ihrer stiftungsmäßigen Ansprüche an das Fideicommiß-Vermögen hätte rechtfertigen können.

Jedenfalls wäre dies in der Absicht des Fideicommiß-Stifters gewesen, so hätte es in der Stiftungsurkunde ausdrücklich erklärt werden müssen. Es ist aber nach Inhalt dieser Urkunde das Recht der Anwärter keineswegs in diesem Sinn, als ein unbedingtes, gleichsam von dem Wohlverhalten des ersten Fideicommiß-Besitzers abhängiges, constituirt, ihre Successionsberechtigung nicht von dem bedingungsweisen Fortbestand der ganzen Vermögensschenkung abhängig erklärt, sie sind vielmehr unbedingt zur Succession in das Fideicommiß, stiftungsmäßiger Ordnung nach, gerufen worden. Das Recht der Anwärter schließt somit ebenfalls die Fortexistenz der in der Schenkungsurkunde vorgesehenen Resolutivbedingung aus und daß hierauf der entschiedene Wille des Fideicommiß-Stifters gerichtet gewesen, ergibt sich endlich aus dem Inhalt des Rescriptes vom 5. Juni 1838 [16], dem zufolge die daselbst aufgeführten Urkunden — worunter die Schenkungsurkunde vom 8. Februar 1828 nicht mitbegriffen — hinfort als die einzigen Grundlagen für Bestimmung der Rechte der Gräflich von Reichenbach'schen Kinder an dem ihnen zugewendeten Vermögen gelten, die Schenkungsurkunde vom Jahre 1828 nur noch zu Zwecken der Rechtsvertheidigung gegen mögliche Angriffe Kraft und Geltung haben soll.

Der Mitbeklagte Wöhler ist zwar der Ansicht und hat dies in seiner, von derjenigen der übrigen Beklagten getrennt abgegebenen Schlußerklärung [22] auszuführen versucht, daß die vom Kurfürsten Wilhelm II. mittelst der Urkunde vom 2. Juni 1838 angeordnete Fideicommiß-Stiftung zur Zeit überhaupt noch keinen rechtlichen Bestand habe. Dieser Auffassung hat sich denn auch der als Principal, resp. accessorischen Intervenient aufgetretene Kurfürst Friedrich Wilhelm I., K. H., angeschlossen.

Vergl. fasc. spec. I. Hessen, Friedrich Wilhelm I., Kurfürst, Intervenient zur vorliegenden Sache.

Allein abgesehen von dem Grund oder Ungrund dieser Ansicht, würde mit derselben immerhin nichts für die Beklagten gewonnen sein, da mit der mangelnden rechtlichen Existenz der Fideicommiß-Stiftung diejenige der Fideicommiß-Behörde von selber in Wegfall

kommen, damit aber jeder, aus der Nichtanerkennung dieser Behörde Seitens des Klägers hergeleitete Grund für die Verwirkung seiner Ansprüche an das geschenkte (Fideicommiß-) Vermögen cessiren würde.

Wenn dagegen die Intervenienten die Ansicht vertreten, es bestehe jene in der Schenkungsurkunde vom Jahre 1828 enthaltene Pönalclausel (Resolutivbedingung) noch fest, weil dieselbe weder in der Fideicommiß-Stiftungsurkunde noch sonst ausdrücklich aufgehoben worden sei, dieselbe habe jedoch in Folge der Fideicommiß-Stiftung eine nothwendige Modification dahin erlitten, daß fernerhin nicht die Substanz des geschenkten (Fideicommiß-)Vermögens dem ungehorsamen Beschenkten verloren gehen solle, sondern nur der demselben als Fideicommiß-Besitzer daran zustehende Fruchtgenuß, so genügt es hiergegen zu bemerken, daß, wie schon oben angedeutet worden, zur Beseitigung der der Vermögensschenkung gesetzt gewesenen Resolutivbedingung es keineswegs einer ausdrücklichen Aufhebung derselben von Seiten des Schenkers bedurfte, vielmehr dessen stillschweigende, wenn nur aus concludenten Handlungen erkennbare Willensmeinung in dieser Beziehung völlig ausreichte, während umgekehrt im Fall des beabsichtigt gewesenen Fortbestandes jener Bedingung mit der von den Intervenienten selber als nothwendig zugegebenen Modification eine ausdrückliche Erklärung des Fideicommiß-Stifters erforderlich gewesen wäre, da die Umgestaltung dieser Bedingung in so wesentlicher, den neuen Verhältnissen sich anpassender Weise weder von selber eintreten konnte, noch, Mangels genügender Anhaltspunkte hierfür, als dem präsumtiven Willen des Fideicommiß-Stifters entsprechend überhaupt angenommen werden darf.

6. Die Einrede des eigenen Verschuldens, welche die Beklagten auf Grund der Thatsache dem Kläger opponiren, daß derselbe die Rückgabe der ihm nur vorübergehend behändigten Verwaltungsrechnung pro 1851 verweigert habe, ist unbegründet, da Beklagte nicht leugnen konnten, im Besitz des vollständigen, zur Herstellung einer anderweiten Ausfertigung dieser Rechnung erforderlichen Materiales gewesen zu sein, in der Vorenthaltung der Originalausfertigung daher keine Behinderung der Beklagten zu weiterer Rechnungsausstellung gefunden werden kann. Jene Einrede ist aber jedenfalls gegenstandlos geworden, nachdem Kläger mit Rückgabe der fraglichen Rechnung den Beklagten neuerlich an Handen gegangen ist.

7. Die ins Allgemeine hin geltend gemachten Schadensansprüche Klägers sind nicht begründet, da die Actenlage die Annahme eines dolus oder auch nur einer culpa auf Seiten der Beklagten bezüglich der bisherigen Einbehaltung der in Rede stehenden Revenüen nicht gestattet; das von demselben beobachtete Verfahren vielmehr lediglich als aus irriger Auffassung der in Betracht kommenden, immerhin nicht jeden Zweifel ausschließenden, Rechtsverhältnisse hervorgegangen, insoweit aber die Grenzen der ihnen durch das Rescript vom 23. Mai 1846 eingeräumten Befugnisse, resp. auferlegten Pflichten nicht überschreitend zu betrachten ist, unter diesen Umständen aber jeder civilrechtliche Grund zu Entschädigungsansprüchen Klägers mangelt.

8. Die Widerklage ist durch die mittlerweile erfolgte Rückgabe der reclamirten Verwaltungsrechnung an die Beklagten thatsächlich erledigt. Des Kostenpunktes wegen kann jedoch eine Entscheidung bezüglich deren rechtlichen Bestandes nicht umgangen werden. Es muß aber die erhobene Widerklage als rechtsbegründet erachtet werden, da, abgesehen von den die Amtsführung der Beklagten betreffenden Kurfürstlichen Anordnungen, der Besitz der fraglichen von den Beklagten dem Kläger gestellten, von diesem geständigermaßen mit seiner schriftlichen Genehmigung versehenen Verwaltungsrechnung unter allen Umständen den Beklagten, denen dieselbe zur Decharge dienen sollte, gebührte, denselben daher vom Kläger nicht hätte vorenthalten werden sollen.

9. Dem Verlangen Klägers nach einer von den Intervenienten zu leistenden Caution für die Streitkosten ist in einer, der Sachlage entsprechenden Weise zu willfahren.

Hiernach wird zu Recht erkannt:

I. Die Beklagten sind schuldig, binnen einer Frist von vier Wochen dem Kläger die verlangte Abrechnung über die Verwaltung des zum Gräflich Wilhelm von Reichenbach-Lessonitz'schen Familien-Fideicommiß-Vermögen gehörigen Fideicommiß-Capitals für die Jahre 1852, 1853 und 1854 zu stellen, hiernächst aber in desfalls anzuberaumender weiterer Frist demselben die nach Maßgabe dieser Rechnung zu seinen Gunsten entfallenen Revenüen, soweit dies bereits (für die Zeit bis 1. Juli 1853) geschehen, gegen ordnungsmä-

ßige, der Fideicommiß-Behörde auszustellenden Quittung auszuzahlen.

II. Die Kosten der Vorklage haben die Beklagten dem Kläger, diejenigen der Widerklage Kläger den Beklagten zu ersetzen.

III. Die Intervenienten sind schuldig, dem Interventen die durch die Intervention veranlaßten Kosten zu erstatten, auch für den Fall der Ergreifung eines Rechtsmittels demselben binnen 14 Tagen der Streitkosten wegen Sicherheit bis zum Betrag von fl. 100 zu leisten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 7. April 1862.

Auf Appellation aller Streittheile.

Was

A. die Appellation der Beklagten und zwar die der beiden Administratoren von Deines und Dr. Ohlenschlager d. Ä., sowie die des Mitadministrators Wöhler anbelangt, so kommt das Nachfolgende in Betracht:

a. die Beklagten hatten rücksichtlich des Mitadministrators Wöhler die Einrede der Incompetenz vorgeschützt; jedoch nach deren Verwerfung durch das nun angefochtene Stadtgerichts-Erkenntniß hatte nur der Mitbeklagte Wöhler hiergegen in seiner Appellations-Einführung eine Beschwerde (die erste) erhoben.

Der Ungrund dieser Beschwerde ist in dem Abschnitt 2 der Entscheidungsgründe des vorgedachten Erkenntnisses so genügend dargethan, daß es nur einer Verweisung hierauf bedarf.

b. Die erste Beschwerde der beiden Mitbeklagten von Deines und Dr. Ohlenschlager, mit welcher die eventuelle zweite und dritte Beschwerde des Mitbeklagten Wöhler im wesentlichen concidirt, erscheint aber, sowie die sich darauf beziehenden in der Vernehmlassung [10] act. 1ae inst. zunächst von den Beklagten rücksichtlich der früheren Vorenthaltung der Verwaltungs-Rechnung des Jahres 1851 und der verweigerten Annahme der bis zum 1. Juli 1853 eingegangenen Revenüen von Seiten des Klägers erhobenen Einwände

durch die Abschnitte 3 bis 6 der angezogenen Entscheidungsgründe vollständig widerlegt. Diese Widerlegung wird noch durch den wichtigen Umstand verstärkt, daß die einen Schenkungsvertrag zwischen dem Kurfürsten Wilhelm II. einerseits und der Gräfin Emilie von Reichenbach-Lessonitz als Vormünderin der damals minderjährigen Grafen Gustav Carl und Wilhelm von Reichenbach-Lessonitz, sowie des Staatsministers Freiherrn Rivalier von Meisenbuch und des Geheimen Finanzraths Deines als Mitvormünder der beiden vorgenannten Grafen andererseits mitenthaltende Fideicommiß-Stiftungs-Urkunde vom 2. Juli 1838 [17] act. 1ae inst. die von den Beklagten geltend zu machen versuchte Pönalclausel nicht enthält und daher auch die von dem Kurfürsten Wilhelm II. später am 5. Juni 1838 [16] einseitig errichtete, auf die vorerwähnte Urkunde Bezug nehmende Urkunde, selbst wenn die darin enthaltene Pönalclausel als auf den Grafen Wilhelm bezüglich anzusehen wäre, dennoch nicht gegen denselben in Anwendung gebracht werden könnte.

Da auch in dem Abschnitt 1 des angefochtenen Erkenntnisses, worin die Beklagten zur Rechnungs-Ablage für die Jahre 1852, 1853 und 1854 und zur Herausgabe der solcher gemäß dem Kläger entfallenen Revenüen angehalten worden sind, wegen derer für die Zeit bis zum ersten Juli 1853 und der darauf beklagterseits geleisteten Zahlungen das Erforderliche ebenso vorgesehen ist, als wegen der von dem Kläger unter etwaiger Wahrung seiner im Schlußsatze des Abschnitts 4 der Entscheidungsgründe erwähnten Rechtszuständigkeiten auszustellenden Quittung, so ist die vorgedachte stadtgerichtliche Entscheidung, unerachtet der von dem Beklagten dagegen erhobenen Beschwerden in allen bezüglichen Theilen aufrecht zu halten.

c. Der Mitbeklagte Wöhler hat noch eine eventuelle vierte Beschwerde dahin aufgestellt:

> daß nicht die Verurtheilung der Beklagten auf Herausgabe der Effekten, welche man aus den einbehaltenen Revenüen angeschafft habe, sammt erlaufenen Zinsen daraus, anstatt auf den Geldbetrag der Revenüen gerichtet worden sei

und zu deren Begründung angeführt, die Fideicommißbehörde, als Verwalterin fremden Vermögens, namentlich der von Seiten des jetzt regierenden Kurfürsten erhobenen Intervention, und da dem Sequestra-

tions=Antrage nicht stattgegeben worden, habe geglaubt, die einbehaltenen Revenüen nicht zinslos liegen lassen zu dürfen und aus diesem Grunde zinstragende Effecten aufgekauft. Hiernach könne die gedachte Behörde nur für schuldig erkannt werden, diese Effekten sammt erlaufenen Zinsen, nicht aber den Geldbetrag der Revenüen herauszuzahlen.

Nachdem auf Antrag des Appellanten Kläger und Appellat sich über das neue Vorbringen erklärt hat, muß demselben darin beigepflichtet werden, daß dieses Vorbringen nicht als ein zulässiges Novum betrachtet werden kann, da es dem Appellanten nicht an Gelegenheit gefehlt hat, solches schon in erster Instanz geltend zu machen, sowie dann auch es an der gehörigen Substantiirung namentlich darüber mangelt, welche zinstragende Effecten von den eingegangenen Zinsen angeschafft worden sind. Unter diesen Umständen wird dem appellatischen Prinzipal=Antrage zu entsprechen und das mehrerwähnte angebliche Novum nicht zu berücksichtigen, somit die aufgestellte vierte Beschwerde zu verwerfen sein. Denn obgleich Appellat eventuell darauf angetragen hat, daß die Vervollständigung durch Angabe der bezüglichen Effecten und deren Ankaufspreises angeordnet werde, so würde doch eine solche Anordnung voraussichtlich nur resultatlose Weiterungen herbeiführen, während, wenn, wie Appellat auch dargestellt hat, appellatischerseits jene Effecten und deren Ankaufspreise in die judicatgemäß demnächst zu stellende Verwaltungs-Rechnung aufgenommen worden, dem Appellaten die geeignete Veranlassung gegeben sein wird, sich darüber auszusprechen, etwaige Monita zu erheben und erforderlichen Falls die stadtgerichtliche Entscheidung sowohl über die Rechnungsstellung im Allgemeinen, als über die fragliche Kapitalisirung insbesondere hervorzurufen.

d. Was die zweite Beschwerde der beiden Mitbeklagten von Deines und Dr. Ohlenschlager, sowie die mit derselben übereinstimmende fünfte Beschwerde des Mitbeklagten Wöhler anbelangt, so ist die Verurtheilung der Beklagten in die Kosten der Vorklage eine nothwendige Folge der Verurtheilung derselben in der Hauptsache und zu einer Compensation der Kosten erster Instanz um so weniger Grund vorhanden, als das Stadtgerichts=Erkenntniß den Kläger als Widerbeklagten zum Ersatz der Kosten in der Widerklage schuldig erklärt hat.

B. Was die Appellation der Intervenienten anbelangt, so finden die von denselben aufgestellten Beschwerden in dem Abschnitt 3 bis 6 der Entscheidungsgründe des angefochtenen Erkenntnisses ebenfalls ihre vollständige Widerlegung und beziehungsweise Erledigung. Insbesondere kann es keinem Zweifel unterliegen, daß aus denselben Gründen, wegen deren die Verurtheilung der Beklagten erfolgte, auch die accessorische Intervention verworfen werden mußte und daß die Intervenienten also keine Veranlassung haben, sich darüber zu beschweren, daß sie ohne daß eine solche Abweisung in dem entscheidenden Theile des Erkenntnisses ausdrücklich ausgesprochen würde, in die durch ihre Intervention entstandenen Kosten verurtheilt worden sind.

Wenn dagegen

C. Kläger sich mit seiner Appellations-Ausführung darüber beschwert, daß die von ihm in der Klage erwähnten Entschädigungsansprüche in dem Abschnitt 7 der Entscheidungsgründe für nicht begründet erklärt worden seien, so ist diese Beschwerde als erheblich zu betrachten, da die gedachten Entscheidungsgründe allerdings eine Äberkennung jener Ansprüche enthalten, welche Kläger sich nur reservirt und worüber er eine Entscheidung nicht beantragt gehabt hatte.

Aus den vorstehenden Gründen wird für Recht erkannt:

I. Die Appellation der beiden Mitbeklagten von Deines und Dr. Ohlenschlager d. Ä., sowie die des Mitbeklagten Wöhler und die des Grafen Carl Gustav von Reichenbach-Lessonitz & Consorten als Intervenienten wird verworfen und haben die vorgenannten Appellanten die dadurch dem Kläger als Appellaten verursachten Kosten demselben ja zu ersetzen.

II. Kläger wird rücksichtlich seiner Appellation auf das vorstehend unter C. Angeführte verwiesen und werden die bezüglichen Kosten compensirt.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation der Beklagten und des Intervenienten unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 26. April 1864** bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

I. Die erste Beschwerde des Mitbeklagten Wöhler, daß die Klage nicht wegen Unzuständigkeit des Gerichts angebrachtermaßen abgewiesen worden, ist unbegründet. Die Beklagten sind aus einer von ihnen geführten Verwaltung fremden Vermögens auf Rechnungsablage und Zahlung der Revenuen des verwalteten Vermögens belangt. Für diese Klage ist, bekannten Rechten nach, das Gericht des Orts, wo die Verwaltung geführt worden, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Beklagten zuständig. Daß aber Frankfurt jener Ort sei, kann nach Maßgabe des Kurfürstlichen Rescripts vom 23. Mai 1846, auf dessen Grund die Beklagten das fragliche Vermögen administriren, keinem Zweifel unterliegen. Zudem ist die Klagbehauptung, daß das Fideicommiß-Capitalvermögen, welches den Gegenstand jener Verwaltung bildet, sich in Frankfurt befinde, von den Beklagten stillschweigend zugestanden, und ergibt sich aus dieser Thatsache, in Verbindung mit dem in der Klage ebenfalls in Bezug genommenen Umstande, daß die beiden anderen Administratoren in Frankfurt ihren Wohnsitz haben, von selbst, daß hier auch factisch der Ort der Geschäftsführung gewesen ist.

II. Die erste Beschwerde der Mitbeklagten v. Deines und Ohlenschlager, die zweite und dritte Beschwerde des Mitbeklagten Wöhler und die zweite Beschwerde der Intervenienten hängen insofern miteinander zusammen, als sie sämmtlich darauf hinauslaufen, daß die Klage als an sich unbegründet oder doch durch Einreden elidirt hätte zurückgewiesen werden müssen.

A. Die zweite Beschwerde des Mitbeklagten Wöhler, daß die Klage nicht wegen Mangel eines Obligationsverhältnisses zwischen dem Kläger und der von demselben ihrem Rechtsbestande nach nicht anerkannten Fideicommiß-Behörde definitiv zurückgewiesen worden, ist Nichts als die Wiederholung eines schon in erster Instanz von den drei Beklagten vorgebrachten Vertheidigungsmomentes, welches sie darauf gestützt haben, daß sie nur in Befolgung einer Anordnung des Kurfürsten Wilhelm II. die fragliche Verwaltung führen, Kläger daher, so lange er die Anerkennung dieser Anordnung versage oder suspendire,

keine Rechte gegen sie, sondern zunächst die Frage über den Rechtsbestand der fraglichen Anordnung mit den Rechtsnachfolgern des Kurfürsten auszumachen habe. Dieser Einwand ist indeß ganz grundlos. Daß das Vermögen, um welches es sich vorliegend handelt, — abgesehen von der Einrede der verwirkten Schenkung — Vermögen des Klägers oder wenigstens dessen Nutzungsrechte unterworfen ist, haben die Beklagten nicht geleugnet. Daraus folgt von selbst, daß sie bei Verwaltung dieses Vermögens Geschäftsführer des Klägers gewesen sind. Dadurch daß sie von dritter Seite den Auftrag zu der fraglichen Verwaltung erhalten haben, wird jene ihre Eigenschaft um so weniger ausgeschlossen, als dieser Auftrag ja gerade dahin geht, sie zu Verwaltern des Fideicommißvermögens des Klägers zu machen.

cf. l. 3, § 11. l. 6, § 2. 4. l. 28. D. de neg. gest. (3, 5).

Ebenso unhaltbar ist die Meinung des Mitbeklagten Wöhler, daß, auch bei Voraussetzung einer vorliegenden Geschäftsführung, Kläger doch jedenfalls durch die in seinem Schreiben vom 19. Februar 1854 liegende Untersagung fernerer Verwaltung die actio negotiorum gestorum für die Zeit nach Erlaß jenes Schreibens verloren habe. Das Verbot des Geschäftsherrn macht nur den Geschäftsführer der contraria, nicht aber den Geschäftsherrn der directa negotiorum gestorum actio verlustig.

B. Die Einrede, welche Beklagte daraus entnommen, daß Kläger die Annahme der Revenüen für das zweite Halbjahr 1853 und erste Halbjahr 1854 verweigerte, hat — wie vom Stadtgerichte im dritten Entscheidungsgrunde genügend ausgeführt worden — durch die Thatsache ihre Erledigung gefunden, daß Kläger später die Zahlungen der rückständigen Revenüen gefordert, nunmehr aber die Fideicommisbehörde dieselbe verweigert hat. Wenn die Mitbeklagten von Deines und Ohlenschlager bei jener Einrede gleichwohl beharren: so geschieht dies nur unter dem Gesichtspunkte, daß Kläger mit der Zahlungsaufforderung einen unstatthaften Vorbehalt verbunden habe. Dieser Vorbehalt bildet aber den Gegenstand einer besonderen Einrede.

C. Beklagte sind nämlich der Meinung, daß sie zur Rechnungsstellung und Auszahlung der Revenüen an den Kläger nur unter der Voraussetzung verpflichtet resp. berechtigt seien, daß dieser die vom Kurfürsten Wilhelm II. eingesetzte Fideicommiß-Behörde als zu Recht

bestehend anerkenne und ihr vorbehaltlose Quittungen ertheile; und haben darauf, daß derselbe den rechtlichen Bestand jener Behörde angefochten oder doch jedenfalls beanstandet habe, und zur Quittirung der an ihn zu zahlenden Revenüen nur „unter dem Vorbehalt seiner Rechte hinsichtlich der Anerkennung des rechtlichen Bestandes der derzeitigen Fideicommißverwaltung" erbötig sei, eine Einrede entnommen, welche die Mitbeklagten von Deines und Ohlenschlager auch jetzt noch, freilich nur als eine höchst eventuelle aufrecht erhalten.

Diese Einrede mußte jedoch ebenfalls für unbegründet erachtet werden.

1. Aus den allgemeinen von der actio negotiorum gestorum directa geltenden Grundsätzen läßt sie sich nicht herleiten. Zwar hat der Mitbeklagte Wöhler das Gegentheil auszuführen versucht. Allein wenn es auch richtig ist, daß, wer mit jener Klage auftritt, damit von selbst den Beklagten als denjenigen anerkennt der seine (des Klägers) Geschäfte geführt hat, so folgt doch aus der Anerkennung einer factisch vorliegenden Geschäftsführung in keiner Weise, daß der Kläger auch eine Berechtigung der Beklagten, zu solcher, vollends für die Zukunft anerkennen müßte.

2. Ebensowenig begründet das kurfürstliche Rescript vom 23. Mai 1846 die Befugniß der Beklagten, dem Kläger die Revenüen seines Fideicommißvermögens so lange vorzuenthalten, bis er den Rechtsbestand der Fideicommiß-Behörde anerkannt hat. Allerdings enthält dieses Rescript die sehr weitgehende Bestimmung:

> „Dieser (sc. der Fideicommiß-) Behörde übertragen Wir alle Uns in Betreff jener Vermögens-Stiftung (d. i. aller im Interesse der Gräflich von Reichenbach-Lessonitz'schen Kinder gemachten fideicommissarischen Bestimmungen) zustehenden Rechte und Verpflichtungen, dergestalt, daß sie solche zu jeder Zeit auszuüben berechtigt und verpflichtet sein soll. Es soll diese Fideicommiß-Behörde berechtigt und verpflichtet sein, alles und jedes zu thun, was zur Vollziehung der betreffenden Bestimmungen erforderlich und was sonst, in Folge derselben oder der Natur der Sache nach, zur Erreichung der Zwecke jener Stiftung nothwendig und nützlich sein wird, sowie alle solchem Zwecke sich entgegenstellenden Hindernisse aus dem Wege zu räumen, geeigneten oder erforderlichenfalls unter gerichtlicher oder außergerichtlicher Mitwirkung."

Indessen kann doch nicht angenommen werden, daß die Fideicommiß-Behörde hierdurch hat ermächtigt werden sollen, die Auszahlung der dem Kläger, nach der Fideicommißstiftung vom 2. Juni 1838 bedingungslos zugewendeten Revenüen nach ihrem Gutdünken von Bedingungen abhängig zu machen, die sie im Interesse des Ganzen zu stellen für nützlich oder auch für nöthig erachtet. Ausgegangen auch davon, der Kurfürst habe sich — in Folge des bei der Schenkung im Jahre 1828 gemachten Vorbehalts — für befugt erachtet, der Fideicommißstiftung vom 2. Juni 1838 nachträglich noch nach Belieben neue Bedingungen und Beschränkungen hinzuzufügen, so ist es doch keinenfalls seine Meinung gewesen, diese Befugniß auch der Fideicommiß-Behörde zu übertragen. Dieselbe hat vielmehr offenbar das Rechtsverhältniß als durch die vom Kurfürsten selbst darüber getroffenen Dispositionen abgeschlossen zu betrachten, wie ihr denn gleichzeitig mit den Rechten auch die Pflichten des Stifters zur Ausübung übertragen sind.

3. Die noch in gegenwärtiger Instanz wiederholte Behauptung der Beklagten, der Kläger habe dadurch, daß er, nach erlangter Volljährigkeit, sich mit der „Fideicommiß-Behörde“ als solcher eingelassen, die Revenüen-Zahlungen von ihr vorbehaltlos angenommen, über Verwandlung des Geld- in ein Grund-Fideicommiß mit ihr verhandelt u. s. w., deren rechtlichen Bestand anerkannt, gehört insofern hierher, als, wenn wirklich eine rechtsverbindliche Anerkennung vorläge, die Behörde wohl mit Recht darauf bestehen würde, solche Quittungen zu erhalten, welche den bereits abgemachten Punkt ihres Rechtsbestandes nicht auf's Neue in Frage stellten. Indessen ist es klar, daß die Beklagten hier zwei verschiedene Dinge mit einander verwechseln. Wenn Kläger einen speciellen Rechtsact, den er den Mitgliedern der Fideicommißbehörde gegenüber vorgenommen, jetzt unter dem Vorwande, daß eine solche Behörde gar nicht rechtlich existire, anfechten wollte, so würde ihm allerdings der Einwand entgegenstehen, daß er die Legitimation der betreffenden Individuen zur Vornahme des fraglichen Aktes durch seine Betheiligung an diesem anerkannt habe. Eine Verpflichtung aber, solche Legitimation auch für die Zukunft und in dem Umfange, wie das Rescript vom 23. Mai 1846 sie festsetzt, gelten zu lassen, läßt sich daraus nicht ohne Weiteres ableiten.

D. Die Beklagten und Intervenienten haben sich endlich und hauptsächlich auf die in der Schenkungsurkunde vom 12. Februar 1828 enthaltene sog. Pönalclausel, wonach derjenige der beiden Schenknehmer, welcher den vom Kurfürsten in Beziehung auf das geschenkte Vermögen weiter getroffen werdenden Verfügungen oder einer derselben sich nicht unterwerfen wolle, aller aus der Schenkung entspringenden Vortheile verlustig sein soll, mit der gleichzeitigen Behauptung berufen, daß Kläger durch Nichtanerkennung und Anfechtung des Kurfürstlichen Rescripts vom 23. Mai 1846 und des Rechtsbestandes der dadurch eingesetzten Fideicommiß-Behörde dieser Clausel zuwider gehandelt habe. Und zwar ist diese Thatsache in zwiefacher Richtung als Vertheidigungsmoment benutzt worden.

a. In der annoch gemeinschaftlich erstatteten Exceptionalhandlung erklärten die drei Beklagten, daß sie sich nicht für verpflichtet erachteten, den Rechtsbestand der Kurfürstlichen Schenkung dem Kläger gegenüber zu vertreten und beriefen sich daher auf die durch Nichtanerkennung und Anfechtung des Rescripts vom 23. Mai 1846 herbeigeführte Verwirkung der durch die Schenkung und resp. Fideicommißstiftung dem Kläger zugewendeten Vortheile nur zur Begründung einer Retentionseinrede; indem sie geltend machten, daß sie so berechtigt wie verpflichtet und ihrer eigenen Verantwortlichkeit wegen genöthigt seien, keine Innovation vorzunehmen und an dem von dem Kläger selbst durch seine Weigerung hervorgerufenen status quo Nichts zu ändern, bis die Streitfrage über den Rechtsbestand jenes Rescripts zwischen den dazu legitimirten Personen rechtskräftig ausgetragen sein werde, weshalb denn auch zugleich die Einrede des unrichtigen Beklagten begründet sei.

Dieser Vertheidigungsweise haben sich auch die intervenirenden Gräflich von Reichenbach-Lessonitz'schen Geschwister angeschlossen, indem sie zwar in ihren Deductionen, gleich den Beklagten selbst, die Behauptung aufstellten, daß Kläger die ihm zugewandten Vermögenstheile bereits verwirkt habe, in ihrem Petitum aber nur dem Antrage der Vernehmlassung beitraten und jeden Zweifel, wie dies gemeint sei in ihrer Replikhandlung dadurch beseitigten, daß sie erklärten: sie hätten noch nirgends auf eine gegen ihren Bruder zu erkennende Caducität angetragen, seien aber der Meinung, daß er zur Ertheilung

vorbehaltloser Quittung verpflichtet, also die von der Fideicommiß-behörde bisher geübte Retention als eine befugte anzusehen sei.

b. Dagegen hat der Mitbeklagte Wöhler in der von ihm separat erstatteten Duplikhandlung behauptet, die Fideicommiß-Behörde sei legitimirt, das Recht auf Rückfall der Schenkung geltend zu machen und sein Grav. III. voriger und gegenwärtiger Instanz dahin gestellt daß Kläger, weil er durch Zuwiderhandeln gegen die Kurfürstliche Verordnung vom 23. Mai 1846 aller Vortheile der Schenkung verlustig geworden, mit seiner Klage habe definitiv zurückgewiesen werden müssen.

Das Stadtgericht hat die Einrede des unrichtigen Beklagten für verwerflich erklärt und im Uebrigen sogleich sich der materiellen Frage zugewendet, ob die Pönalclausel von 1828 gegen den Kläger zur Anwendung kommen könne. Dies ist von ihm verneint und deshalb es für überflüssig erachtet worden, noch die Frage einer Erörterung zu unterziehen, ob das Verhalten des Klägers den Beklagten einen genügenden Anlaß und Rechtfertigungsgrund biete, ihm, zur Schützung der Rechte der eventuell Berechtigten, die Revenüen des fraglichen Vermögens so lange vorzuenthalten, bis unter den Betheiligten selbst die Verwirkungsfrage entschieden sein werde.

Nun ist allerdings anzunehmen, daß die Beschwerden der Mitbeklagten von Deines und Ohlenschlager sowie der Intervenienten nicht allein gegen das Ergebniß der vom Stadtgerichte über fortdauernde Gültigkeit der Pönalclausel von 1828 angestellten Untersuchung, sondern auch dagegen gerichtet sind, daß diese Frage überhaupt zum Gegenstande einer Entscheidung im vorliegenden Prozesse gemacht und nicht vielmehr, unter Anerkennung der einstweiligen Retentionsbefugniß der Beklagten, zum Austrage mit den Rechtsnachfolgern des Kurfürsten ad separatum verwiesen worden. Denn die genannten beiden Mitbeklagten haben nicht allein das Petitum sub II. 1. ihrer Appellationsschrift voriger Instanz so formulirt, daß deutlich zu ersehen, sie wollen die aus der Pönalclausel entnommene Einrede nur als Retentionseinrede aufrecht erhalten und beurtheilt wissen, sondern heben in gegenwärtiger Instanz ausdrücklich hervor: die Retention der Revenüen habe — möge man nun die Pönalclausel als bestehend oder aufgehoben erachten, — als eine wohl-

begründete und die Fideicommißbehörde bis zu ausgemachter Sache hierzu nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet erachtet werden müssen. Die Intervenienten aber haben in voriger Instanz, indem sie ihre vierte Beschwerde gegen den in den stadtgerichtlichen Entscheidungsgründen enthaltenen Ausspruch richteten, daß die fragliche Pönalclausel keinerlei Anwendung mehr erleide, zugleich Verwahrung dagegen eingelegt, daß dieser Ausspruch ihren eventuellen Rechten präjudicire und in gegenwärtiger Instanz, unter Wiederholung jener Beschwerde, sub. 3 des Petitums den ausdrücklichen Antrag gestellt: zu erläutern, daß die in dem betreffenden (5.) Entscheidungsgrunde enthaltenen Aussprüche den eventuellen Rechtsbefugnissen der Intervenienten nicht präjudiciren können und sollen.

Es müssen indessen die Beschwerden in der hier bezeichneten Richtung als unbegründet erachtet werden. Denn wenn es auch richtig ist, daß dem Stadtgerichte die aus der Pönalclausel entnommene Einrede nur unter dem oben sub a. erörterten Gesichtspunkte nur als Retentionseinrede, nicht als Einrede der bereits verwirkten Vortheile der Schenkung — zur Beurtheilung vorlag, indem sie nur in dieser Gestalt vorgeschützt war und der Mitbeklagte Wöhler daraus nicht nachträglich eine andere und neue Einrede machen konnte, so beruht doch auch die Retentionseinrede wesentlich auf dem Fundamente der noch fortdauernden Gültigkeit der Pönalclausel von 1828; das Stadtgericht durfte resp. mußte also auch über diesen letzteren Punkt erkennen, und die Beklagten sowenig als die Intervenienten können sich darüber beschweren, daß durch diesen von ihnen selbst hervorgerufenen Ausspruch ein Präjudiz für die Verwirkungsfrage geschaffen werde, welche sie zur Zeit noch gar nicht zur Entscheidung zu bringen beabsichtigt hätten.

Anlangend die Sache selbst, so war es, mit dem Stadtgerichte, für zweifelhaft zu erachten, wie eigentlich das gegenseitige Verhältniß der beiden in der Schenkungsurkunde von 1828 für den Fall eines Zuwiderhandelns der Beschenkten gegen künftige Verfügungen des Schenkers gemachten Androhungen resp. Vorbehalte gemeint sei. Es bedurfte aber diese Frage keiner Entscheidung, wenn der stadtgerichtlichen Ansicht über den Einfluß der Fideicommißstiftung auf jene Clauseln beizutreten war. Hatte die zweite derselben (mittelst deren der

Kurfürst für den Fall der Nichterfüllung der den Schenknehmern vorgeschrieben werdenden Bedingungen das Weitere zu verordnen sich vorbehält), die Bestimmung, die erste (wonach derjenige der Schenknehmer, welcher sich einer vom Schenkgeber künftig getroffen werdenden Verfügung nicht solle unterwerfen wollen, aller aus der Schenkung entspringenden Vortheile verlustig sein sollte) zu erläutern resp. zu beschränken, so war der Verlust der Vortheile aus der Schenkung überhaupt dadurch bedingt, daß der Schenker solchen besonders verfügte. Er ist also, da eine deshalbige Verfügung bei Lebzeiten des Kurfürsten nicht getroffen ist, jetzt außer aller Frage. War dagegen der eigentliche Sinn der ersten Clausel der, daß der Verlust der Vortheile aus der Schenkung mit der Nichtunterwerfung unter die weiter zu treffenden Verfügungen ohne Weiteres eintreten solle, und die zweite Clausel nur überflüssiger Weise dazu bestimmt, dem Schenker Verfügungen über das bereits rückfällig gewordene Vermögen vorzubehalten, so entsteht die Frage, ob es als in der Absicht des Schenkers liegend angesehen werden kann, daß diese strenge cassatorische Clausel auch noch nach der später errichteten Fideicommißstiftung in Kraft bleibe; und wird diese Frage verneint, so kann davon, daß durch Nichtanerkennung einer der Fideicommißstiftung nachfolgenden Anordnung des Kurfürsten der Verlust der Vortheile aus der Schenkung herbeigeführt sei, ebenfalls nicht mehr die Rede sein.

Das Ober-Appellationsgericht konnte aber keinen Anstand nehmen, in der Beurtheilung der zuletzt hervorgehobenen Frage den beiden vorigen Gerichten beizutreten. Auch erscheinen die vom Stadtgerichte in seinem fünften Entscheidungsgrunde gegebenen deshalbigen Ausführungen so erschöpfend, daß es genügt, im Allgemeinen auf dieselben zu verweisen und nur diejenigen Punkte nochmals einer besonderen Erörterung zu unterziehen, auf welche die Appellanten in den höheren Instanzen speziell zurückgekommen sind.

1. Die Mitbeklagten von Deines und Ohlenschlager bestreiten, daß der Fideicommißstiftung von 1838 die Natur eines Vertrags — und vollends, wie das Appellationsgericht annehme, eines Schenkungsvertrags — zwischen dem Kurfürsten und den Vertretern des Klägers zukomme. Die Frage, auf welche es allein ankommt, ist

indeß vorliegend die, ob es als der Wille des Fideicommißstifters angesehen werden könne, daß auch nach Bekleidung des im Jahre 1828 geschenkten Vermögens mit Fideicommiß-Qualität die (wie hier unterstellt wird) strenge cassatorische Clausel der Schenkungsurkunde fortbestehen solle, und für diese Frage ist es ganz gleichgültig, ob die Fideicommißstiftung mittelst Vertrags oder in welcher sonstigen Weise und kraft welchen Rechtes sie erfolgt ist.

2. Dieselben Mitbeklagten heben hervor, daß die Fideicommißstiftungsurkunde in ihrem Eingange ausdrücklich auf die Schenkung (von 1828) Bezug nehme, ohne an der Schenkungsurkunde irgend etwas zu modificiren und auch im weiteren Verlaufe jener Stiftungsurkunde nicht eine Stelle vorkomme oder habe namhaft gemacht werden können, die eine erkennbare Willensmeinung des Kurfürsten enthielte, die von Ihm der Schenkung einverleibte Verwirkungsclausel aufzugeben. — Darauf ist indeß zu erwidern, daß das Stadtgericht mit Recht nicht auf einzelne Stellen, sondern auf den Gesammtinhalt der Fideicommiß-Stiftungsurkunde Bezug genommen hat, um zu beweisen, daß es der Wille des Kurfürsten gewesen ist, eben mittelst dieser Fideicommißstiftung die bei der Schenkung annoch vorbehaltene Verfügung über das geschenkte Vermögen zu treffen, und daß es nach dem Inhalte dieser Verfügung nicht dessen Meinung gewesen sein kann, sich nunmehr noch immer, wie es bei der Schenkung geschehen war, weitere freie Disposition über das in ein Fideicommiß verwandelte Vermögen in dem Umfange vorzubehalten, daß jede Nichtunterwerfung unter eine etwa ferner zu treffende Verfügung den Rückfall des ganzen Vermögens an den Schenker resp. dessen Rechtsnachfolger nach sich ziehen solle. Dies ist denn auch so klar, daß man nach einzelnen Stellen nur etwa in dem Sinne suchen könnte, um daraus die Absicht einer Aufrechthaltung der fraglichen Pönalclausel auch nach Verwandlung des geschenkten Vermögens in ein Fideicommiß zu folgern. Solche Stellen haben indeß von den Beklagten mit Ausnahme des auf die Schenkung Bezug nehmenden Eingangs der Fideicommißstiftungsurkunde nicht namhaft gemacht werden können. Was aber diesen Eingang betrifft, so ist jene Bezugnahme eine rein historische, und läßt einen Schluß darauf, daß die mit der Schenkung verbundene Verwirkungsclausel auch fortan noch in Kraft bleiben solle, um so

weniger zu, als dort nicht einmal auf die Urkunde vom 12. Februar 1828 speciell Bezug genommen ist.

3. Mehr Anschein hat es, wenn namentlich die Intervenienten der Meinung sind, die Verwirkungsclausel von 1828 könne, nach Umwandlung des Geschenkten in ein Fideicommiß-Vermögen zwar nicht mehr in dem Sinne und Umfange zur Anwendung kommen, daß das Vermögen seiner Substanz nach an den Schenker resp. dessen Rechtsnachfolger zurückfalle, wohl aber in der Gestalt, daß der einer weiter getroffen werdenden Verfügung sich nicht unterwerfende Fideicommiß-Inhaber seines Nutzungsrechtes zum Besten der Anwärter verlustig gehe; und es müsse als der Wille des Stifters angesehen werden, wenigstens in diesem beschränkteren Sinne und Umfange jene Clausel fortbestehen zu lassen. Es ist indeß hiergegen, mit dem Stadtgerichte, darauf hinzuweisen, daß in einer solchen Modifikation nicht blos eine Beschränkung, sondern eine Umwandelung des Inhaltes der fraglichen Clausel liegen würde, und zur Annahme eines auf solche Umwandelung, also auf Errichtung einer ganz neuen, mit der Fideicommißstiftung verbundenen Caducitätsbedingung gerichteten Willens die Stiftungsurkunde, die doch hier allein entscheiden kann, auch nicht den allerentferntesten Anhalt bietet. Die Bedeutung der Verwirkungsklausel von 1828 — wenn man sie als eine ipso jure eintretende ansieht — kann nach damaliger Sachlage keine andere gewesen sein, als daß das geschenkte Vermögen, mit dem Ungehorsam des Beschenkten, sofort an den Schenkgeber zu anderweiter freier Verfügung über dasselbe zurückfalle; und daß dies etwas wesentlich Anderes ist, als der Uebergang eines Fideicommisses aus der Hand des seitherigen Inhabers in diejenige des nächsten Anwärters, bedarf keiner Ausführung.

Es kommen aber noch folgende vom Stadtgerichte nicht besonders hervorgehobene Momente hinzu, welche entschieden dagegen sprechen, daß der Fideicommißstifter die fragliche Clausel auch nur in solcher beschränkten und modificirten Gestalt, wie die Intervenienten dies annehmen, hat fortbestehen lassen wollen.

a. Die Fideicommißstiftung beschränkte sich nicht auf das in der Schenkungsurkunde von 1828 begriffene Vermögen, sondern umfaßte noch andere, nicht unerhebliche Vermögenstheile (2 Capitalien im Ge-

sammtbetrage von fl. 386,516. 28 kr.) Diese letzteren standen weder an sich unter den Bedingungen der Schenkung von 1828, noch ist ersichtlich, daß sie vor der Fideicommißstiftung ähnlichen Bedingungen unterworfen gewesen, noch enthält die Stiftungsurkunde selbst irgend eine dahingehende Verfügung. Auf sie findet also die sog. Pönalclausel keinenfalls in irgend einer Art eine Anwendung. Man müßte demnach wenn die Clausel für das im Jahre 1828 geschenkte Vermögen fortbestehen sollte, unterstellen, daß es die Absicht des Stifters gewesen wäre, die beiden Bestandtheile, aus welchen das Fideicommiß-Vermögen zusammengesetzt worden, verschieden zu behandeln, den aus der Schenkung von 1828 herrührenden Theil einer sehr strengen Caducitätsbedingung zu unterwerfen, den Rest dem Fideicommiß-Inhaber ohne eine derartige Beschwerung und Beschränkung zuzuwenden. Für eine solche auf getrennte Behandlung der beiden Fideicommiß-Bestandtheile gerichtete Absicht liegt aber nicht das Geringste vor. Es ist vielmehr offenbar, daß der Stifter nur Ein durchgängig unter identischen Bedingungen stehendes Fideicommißvermögen bilden wollte; und kann daraus, daß er die Anwendbarkeit der Verwirkungsclausel von 1828 auf den derselben bis dahin nicht unterworfenen Theil dieses Vermögens nicht verfügte mit Grund geschlossen werden, daß er dieselbe auch bezüglich des anderen Theils fortan nicht weiter zur Anwendung gebracht wissen wollte.

b. In § 2 der Fideicommißstiftungs-Urkunde ist bestimmt, daß der jedesmalige Fideicommißbesitzer verpflichtet sein soll, ein Achttheil der jährlichen Netto-Revenüen spätestens am Ende eines jeden Kalenderjahres zu Capital zu machen, verzinslich anzulegen und dem Fideicommiß-Capital einzuverleiben; auch im Falle der Nichtbefolgung dieser Vorschriften dem Nachfolger im Fideicommisse für dessen etwaige von ihm verschuldete Verminderung mit seinem Allodial-Vermögen zu haften. Wäre der Kurfürst davon ausgegangen, daß jede Zuwiderhandlung gegen eine in Beziehung auf das fragliche Fideicommißvermögen getroffene Verfügung ohne Weiteres den Verlust des ganzen fideicommissarischen Nutznießungsrechtes zum Besten der Anwärter nach sich ziehe, so hätte er so, wie hier geschehen, sich nicht ausdrücken können. Er würde dann vielmehr gesagt haben, daß in einem Falle, wie er in § 2 cit. vorausgesetzt wird, der auf die Zuwiderhandlung

gesetzte viel schwerere Nachtheil erlassen sein und nur eine Ersatzpflicht eintreten solle.

4. Ein Argument des Mitbeklagten Wöhler, daß nämlich schon bei der Schenkung von 1828 die Fideicommißstiftung beabsichtigt und die s. g. Pönalclausel gerade für den Fall eingeführt sei, daß solche Stiftung demnächst werde verwirklicht werden, erledigt sich durch das unter 2 und 3 Bemerkte. Der erste Theil jener Behauptung mag richtig sein, es folgt aber daraus nicht, daß die betreffende Clausel erst mit der Fideicommißstiftung ins Leben treten; oder doch auch nach derselben fortdauern sollte. Viel näher liegt vielmehr die Annahme, daß die Clausel gerade dazu bestimmt war, die Fideicommißstiftung zu ermöglichen, indem sie jeden Widerspruch des Beschenkten gegen Belegung seines bis jetzt allodialen Vermögens mit fideicommissarischer Qualität ausschloß, und daß daher, schon nach der damaligen Intention mit der eingetretenen Verwandlung des Allodial- in ein Fideicommiß-Vermögen die Clausel erschöpft sein sollte.

5. Die Urkunde vom 5. Juni 1838 ist für die Frage nach dem Fortbestand der Verwirkungsclausel von 1828 ohne Bedeutung. In diesem Documente werden die fünf Urkunden vom 1. und 2. Juni mit dem Bemerken bestätigt, daß sie die Grundlagen enthalten, aus welchen und auf welche allein die Gräflichen Kinder rechtliche Ansprüche unter einander und gegen wen es auch sei, in Betreff des geschenkten Vermögens sollen herleiten und begründen können, die früher ausgestellten Urkunden aber nur zu dem Zwecke: „um eine oder die andere derselben erforderlichen Falls zur Vertheidigung gegen Ansprüche und Angriffe jedweder Art — — zu gebrauchen.“ Die Meinung kann hierbei keine andere gewesen sein, als daß die Documente von 1838 als die die Vermögensverhältnisse der Reichenbach-schen Kinder schließlich regulirenden betrachtet werden, die älteren Urkunden aber soweit in Kraft bleiben sollen, als sie geeignet sind, die durch jene schließliche Regulirung herbeigeführte Vermögenslage aufrecht zu erhalten und zu stützen, wogegen ebenso selbstverständlich der ganze mit dieser neuen Vermögensregulirung in Widerspruch stehende Inhalt der früheren Urkunden als beseitigt gelten muß. Für die Frage, was von den älteren Dispositionen in Kraft geblieben und was aufgehoben ist, enthält das Document vom 5. Juni 1828 überall keine Antwort.

E. Die Einrede der verfrühten Klage und des unrichtig gewählten Beklagten (welche letztere nicht in dem vom Stadtgerichte unterstellten Sinne vorgeschützt ist, daß die Revenüenzahlung und Rechnungsstellung selbst von den Rechtsnachfolgern ꝛc. des Kurfürsten zu fordern, sondern nur in dem Sinne, daß zunächst nur die präjudicielle Frage über den rechtlichen Fortbestand der Schenkung mit Jenen zum Austrage zu bringen sei) haben in den obigen Erörterungen bereits ihre Erledigung gefunden. Die Einrede des eigenen Verschuldens, welche ebenfalls noch den Gegenstand einer Beschwerde (des durch Grav. I. dieser Instanz wiederholten grav. oder petit. sub II. 2. voriger Instanz der Mitbeklagten von Deines und Ohlenschlager) bildet, bedarf nach der im 6. stadtgerichtlichen Entscheidungsgrunde ihr gewordenen zutreffenden Beurtheilung keiner Widerlegung mehr.

III. Die erste Beschwerde der Intervenienten, daß sie zum Ersatze der dem Kläger durch ihre Intervention veranlaßten Kosten verurtheilt worden, mußte nach den bisher gewonnenen Resultaten für unbegründet erkannt werden. Wenn der Kläger erklärt hat, es solle seinen Geschwistern in ihrer Eigenschaft als Fideicommiß-Anwärtern das Recht zur Intervention nicht bestritten werden: so bezieht sich dies selbstverständlich nur auf die Sachlegitimation, nicht auf die materielle Begründung der Intervention; und daß die Intervention durch eine Streitverkündigung veranlaßt worden und die Intervenienten geglaubt haben, ihre Interessen durch dieselben wahren zu müssen, ist für die Kostenfrage ganz indifferent. Anlangend aber die Berufung darauf, daß es an einem Erkenntnisse über die Intervention selbst fehle und also auch nicht über den Nebenpunkt — die Kosten — habe erkannt werden dürfen, so ist die erste Behauptung unrichtig und bedarf daher die Schlüssigkeit der daraus gezogenen Folgerung keiner Prüfung. Die Intervenienten waren dem in der Vernehmlassung gestellten Antrage auf Klageabweisung beigetreten; und wenn das Stadtgericht, statt diesem Antrage zu deferiren, eine Verurtheilung der Beklagten nach Maßgabe der Klagbitte aussprach, so lag darin von selbst auch eine Zurückweisung der bloß accessorischen Intervention.

IV. Die dritte und vierte Beschwerde der Intervenienten sind gegen die stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe unter 4 und 5 ge-

richtet, und können, nach Maßgabe der in gegenwärtiger Instanz sub 3 gestellten Bitte, nur als eventuelle betrachtet werden, mittelst deren für den Fall, daß es bei der Verurtheilung der Beklagten bleiben sollte, ein Ausspruch verlangt wird, daß diese und beziehungsweise die in den fraglichen Entscheidungsgründen derselben gegebene Begründung den Rechten der Intervenienten in ihrer Eigenschaft als Fideicommiß-Anwärter nicht präjudicire. — Daß dieses Verlangen, so viel den im 5. Entscheidungsgrunde des Stadtgerichts enthaltenen Ausspruch, daß die Pönalclausel der Schenkungs-Urkunde von 1828 nicht mehr in Kraft bestehe, anlangt, ein unberechtigtes sei, ist bereits gezeigt worden. Grav. IV. erscheint also unbegründet. Ganz dasselbe gilt aber auch von Grav. III., welches darüber erhoben ist, daß in Abschnitt 4 der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe ausgesprochen sei: „Die Intervenienten seien nicht befugt, darüber zu wachen, daß der Kläger, wenn er die Fideicommiß-Einkünfte beziehen wolle, die Negation, Anzweifelung und in Aussicht gestellte Anfechtung des Rechtsbestandes der Fideicommiß-Behörde aufgebe, und dieser Behörde über ihre Revenüen-Auszahlungen ordnungsmäßige, d. i. vorbehaltlose Quittungen ertheile, welche der Kläger ausdrücklich verweigert habe.“ — Wörtlich findet sich dieser Ausspruch nicht in dem allegirten stadtgerichtlichen Entscheidungsgrunde. Thatsächlich aber hat dieses Gericht allerdings, indem es die oben sub II. C. erörterte Einrede der Beklagten, welcher sich die Intervenienten angeschlossen hatten, verwarf und den Kläger ermächtigte, seinen Quittungen einen, die Frage über den Rechtsbestand der Fideicommiß-Behörde offen haltenden Vorbehalt einzufügen, damit zugleich erkannt, daß die Intervenienten in ihrer Eigenschaft als Fideicommiß-Anwärter nicht berechtigt seien, gegen eine derartige Quittirung Einsprache zu erheben und zu verlangen, daß die Revenüenzahlung von einer vorgängigen unbedingten Anerkennung des Rechtsbestandes der Fideicommiß-Behörde abhängig gemacht werde. Dies Erkenntniß war denn auch ein vollkommen richtiges. Denn wenn dies Rechtsverhältniß, in welchem der Kläger zu den Beklagten steht, keinen Grund abgibt, jene Anerkennung zur Bedingung der Revenüenzahlung zu machen, so ist nicht abzusehen, wie aus den Rechten der Fideicommiß-Anwärter ein solcher Grund zu entnehmen sein sollte. Ebenso selbstverständlich, wie bei Grav. IV.,

ist es sodann auch hier, daß die fragliche, unter Berücksichtigung der Einsprache der Intervenienten ergangene Entscheidung auch zur Beschreitung der Rechtskraft ihnen gegenüber geeignet ist.

V. Die zweite Beschwerde der Mitbeklagten v. Deines und Ohlenschlager und die vierte Beschwerde des Mitbeklagten Wöhler betreffen den in der Klage vorbehaltenen Entschädigungsanspruch, welchen das Stadtgericht im 7. Entscheidungsgrunde für unbegründet erklärt hatte, während das Appellationsgericht (wiederum in den Entscheidungsgründen, auf welche indessen im Decisum II. verwiesen ist) zu verstehen gibt, daß es jenen in den stadtgerichtlichen Entscheidungsgründen enthaltenen Ausspruch als eine wirkliche Entscheidung ansehe, die außer Kraft gesetzt werden solle. Ob die stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe wirklich ein Decisum involviren, kann dahin gestellt bleiben, wenn man mit dem Appellationsgerichte der Ansicht ist, daß über die Entschädigungsfrage überall nicht erkannt werden durfte. Hierin aber muß demselben beigetreten werden. Die Klage enthielt lediglich einen Vorbehalt von Entschädigungsansprüchen; und dieser Vorbehalt kann nicht etwa so verstanden werden, als werde gebeten, die Pflicht der Beklagten zum Schadensersatze im Prinzipe anzuerkennen, und wolle sich Kläger nur die Spezification seiner deshalbigen Forderung ihrer Größe nach reserviren; sondern nur dahin, daß der Entschädigungsanspruch überhaupt noch gar nicht in judicium deducirt werden solle. Nun ist freilich in seiner Replikhandlung der Kläger (dem von den Beklagten in der Vernehmlassung gegebenen Beispiele folgend) auf die Entschädigungspflicht der Beklagten eingegangen und hat das Vorhandensein einer solchen darzulegen gesucht. Den in der Klage gestellten Antrag aber hat er nicht geändert, resp. erweitert, und dieser — nicht die aufgestellten factischen Behauptungen, noch weniger die gelieferten Rechtsausführungen — ist für die Frage, was Gegenstand des Rechtsstreits geworden, maßgebend.

VI. Die Beklagten haben sich, auch für den Fall, daß es bei dem angefochtenen Erkenntnisse in der Hauptsache bleiben sollte, darüber beschwert, daß sie in die Kosten erster Instanz verurtheilt und nicht vielmehr diese Kosten compensirt worden sind, und als Grund für die verlangte Compensation theils eine angebliche Zuvielforderung des Klägers, theils, unter Bezugnahme auf die Frankfurter Reformation I.

39, § 15, geltend gemacht, daß kein temerarium litigium ihrerseits vorliege, sondern sie nur um ihren Pflichten, als vom Kurfürsten Wilhelm II. bestellte Administratoren zu genügen und die Rechte dritter Personen zu wahren, die geforderte Rechnungsstellung und Revenüenzahlung verweigert hatten.

In ersterer Beziehung ist indeß keineswegs anzunehmen, daß Kläger die bereits vor der Klaganstellung erhaltenen Revenüen bis zum 1. Juni 1853 mit eingeklagt habe. Auch gab, wie vom Stadtgerichte im 6. Entscheidungsgrunde ausgeführt ist, die Zurückhaltung der Rechnung pro 1851 von Seiten des Klägers für die Beklagten keinen rechtlichen Grund ab, die fernere Rechnungsstellung und Revenüenzahlung zu sistiren, sondern ermächtigte sie nur, die fragliche Rechnung — wie widerklagend geschehen ist — zurückzufordern. Jene Thatsache konnte daher auf die Kosten der Vorklage einen Einfluß nicht üben; sondern nur auf diejenigen der Widerklage, in welche denn auch der Kläger verurtheilt worden ist. — Anlangend aber das zweite Argument, so ist der Grundsatz, daß nur der temere litigans zum Ersatze der Kosten an den anderen Streittheil verurtheilt werden könne, in der Praxis (namentlich auch des Ober-Appellationsgerichts) längst aufgegeben, und im Uebrigen kann die Sache nicht für dergestalt zweifelhaft erachtet werden, um deshalb, nach Maßgabe der citirten Reformationsstelle, eine Compensation der Kosten eintreten zu lassen.

VII. Die Kosten voriger Instanz bilden keinen Gegenstand selbstständiger Beschwerden, und es mußte, da das Appellationsgerichts-Erkenntniß in der Hauptsache zu bestätigen war, auch bei den jene Kosten betreffenden Aussprüchen desselben sein Bewenden haben. Aus gleichem Grunde waren die Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu verurtheilen.

362.

Pflegamt des Versorgungshauses, Klägers gegen Stadtgerichts=Director Dr. **Binding,** Beklagten, Auslieferung von Obligationen und Honorarforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 19. Mai 1862.

1. Es ist hier hauptsächlich zu entscheiden, ob der Beklagte berechtigt war, für die von Wiesenhütten'sche Testamentsvollstreckung ein Honorar von $^1/_4$ % des Nachlasses in Anspruch zu nehmen, nachdem er ein Legat von fl. 3500 aus diesem Nachlasse erhalten hatte; sodann, ob das im Besitz des Erblassers gewesene und nach seinem Ableben ausgeschiedene Fideicommiß=Vermögen hinsichtlich der Berechnung des Honorars als zu seinem Nachlaß gehörig zu betrachten und zu fl. 300,000 anzuschlagen gewesen: und ob nicht eventuell das Legat mit fl. 3500 oder wegen der darauf haftenden Collateralsteuer von 5% mit fl. 3325 oder mindestens der ältere Theil des Legates mit fl. 1500, resp. fl. 1425 auf das Honorar in Abrechnung zu bringen sei.

Der Beklagte will das Zurückbehalten jenes Betrages mit Herauslieferung von fl. 3512. 28 kr. damit rechtfertigen, daß der Erblasser ihm für die Testamentsvollstreckung $^1/_4$ % des Nachlasses zugesichert, und daß das Fideicommißvermögen zu dessen Nachlaß gehört habe und auf fl. 300,000 anzuschlagen sei, wonach der Gesammtnachlaß fl. 1,404,986. 2 kr. betragen habe; während der auf jener fl. 3512. 28 kr. klagende Erbe die Honoraransprüche des Beklagten bereits durch das demselben vermachte Legat von fl. 3500 für erledigt hält, eventuell das Fideicommißvermögen als nicht zu dem Nachlaß gehörig und nicht fl. 300,000

werth bezeichnet, vielmehr den Werthnachweis durch eine Taxation verlangt und weiter eventuell die oben angegebene Abrechnung des Legates auf das Honorar begehrt.

2. Es wird nicht bestritten, daß das Amt eines Testamentsexecutors ein solches ist, für welches, abgesehen von Schadloshaltung, ein Lohn nicht gefordert werden kann; für welches aber oft ein Legat vermacht wird und wenn dies nicht geschehen und der Executor ein Mann ist, zu dessen Berufsgeschäften solche Arbeiten gehören, von Gerichtswegen ein Honorar bewilligt zu werden pflegt, welches nach Analogie der Honorare für Curatelverwaltungen auf 1/4 % des Vermögens gegriffen werden mag.

Weiske, Rechtslexion X. S. 1037.
Adlerflycht Pr. R. § 325.

Ebensowenig ist aber auch zu bestreiten, daß wenn der Testator jemand um die Vollstreckung seiner letzten Willensverfügungen ersucht und demselben die Befugniß zugesichert hat, sich dafür eine Gebühr von 1/4 % des Nachlasses berechnen zu dürfen, dieser Executor alsdann befugt ist, als Honorar 1/4 % des Nachlasses in Anspruch zu nehmen, sobald nicht klar vorliegt, daß der Testator ihm dieses zugesicherte Honorar bereits in einer anderen Weise, wie etwa durch ein Legat, zugewendet habe.

3. Da die vom Beklagten behauptete Zusicherung von dem Kläger wegen Nichtwissens in Abrede gestellt worden ist, so hat der Beklagte dieselbe zu beweisen. Gelingt ihm aber dieser Beweis, so kann sein Anspruch auf ein Honorar von 1/4 % des Nachlasses nicht mehr bezweifelt werden, da nicht gefunden werden kann, daß der Erblasser die späteren Legate von fl. 1500 und fl. 2000 dem Beklagten zur Erfüllung der demselben früher gemachten Honorarzusicherung vermacht habe.

Wenn es in dem Codicill vom 16. April 1853 auch heißt: „Meinem Testamentsexecutor“, Herrn Dr. Binding vermache ich fl. 1500 und dieses Legat auch eventuell den Herren Senatoren Dr. Hessenberg und Dr. Nestle zugedacht worden, welche substitutionsweise als Testamentsexecutoren in Aussicht genommen waren, so kann doch trotz dieser Bezeichnung nicht gefunden werden,

daß dieses Legat in Erfüllung jener Zusicherung vermacht worden sei, weil abgesehen davon, daß seine Eigenschaft nicht als Motiv des Legates angedeutet ist (wie etwa durch die Worte: dem Herrn Dr. Binding als meinem Testamentsexecutor vermache ich ꝛc.) jene Zusicherung ja viel weiter gegangen sein soll. Es erscheint also, jene Zusicherung vorausgesetzt, dieses Legat lediglich als eine weitere, das gewöhnliche Maß der Honorirung überschreitende Liberalität, welche der Erblasser demjenigen gewähren wollte, der sein Testament vollstrecken würde.

Noch weniger aber kann gefunden werden, daß die weitere Zuwendung von fl. 2000 (durch das Codicill vom 1. Oktober 1858) zur Erfüllung jener Zusicherung gemacht worden sei. Denn hier erwähnt der Testator der Eigenschaft des Legatars als Testamentsvollstreckers gar nicht und substituirt auch nicht die eventuell in Aussicht genommenen anderen Testamentsexecutoren — so daß dieses Legat sich lediglich auf die freundschaftlichen Beziehungen des Testators zu dem Beklagten persönlich, auf den unbestrittenermaßen dem Erblasser während seiner letzten Lebensjahre vom Beklagten gewährten juristischen Beistand, für welchen dieser Deserviten zu berechnen nicht mehr in der Lage war, zu gründen, und mit dem Honorar für die Testamentsvollstreckung in gar keiner Verbindung zu stehen scheint.

Daß aber die zufällige Aehnlichkeit des Betrages der Legate mit dem Betrage von ¼% des Nachlasses die Behauptungen des Klägers nicht zu rechtfertigen vermag, bedarf keiner weiteren Erörterung.

4. Daß der Beklagte bei Berechnung seines Honorars die Fideicommißgüter mit in Anschlag gebracht hat, dürfte in Betracht dessen nicht zu beanstanden sein, daß dieselben, wenn auch nicht als freies Eigenthum und kraft des Testaments des Erblassers, doch immer von demselben verlassen worden sind, und die Ausscheidung derselben von dem übrigen Nachlasse immerhin mit zur Thätigkeit des Testamentsexecutors gehörte.

5. Daß der Beklagte die Fideicommißgüter auf fl. 300,000 veranschlagte, beruht darauf, daß dieselben aus 75 Morgen Ackerland in der Nähe der Günthersburg bestanden, welche alsbald für fl. 190,000

an Herrn von Rothschild verkauft wurden, und aus 32 Morgen, größtentheils ein Hofgut mit Garten und Haus an der Windmühle, in der werthvollen Gewann 16 der Frankfurter Gemarkung bildend, deren Werth er, mit einiger Erhöhung, nach dem obigen Erlöse berechnete.

Es sollte wohl keinem Zweifel unterliegen, daß nach einem reellen Verkauf von Güterstücken der Werth derselben richtiger angegeben werden kann, als nach Schätzung derselben durch Sachverständige. — Daß jene 75 Morgen alsbald nach ihrer Auslieferung an die Fideicommißerben für fl. 190,000 an Herrn von Rothschild verkauft wurden, gibt der Kläger zu; er meint aber, die Kaufpreise, welche ein Herr von Rothschild für Dinge bezahle, die er grade zu haben wünsche, könnten keinen Maßstab für den wirklichen Werth dieser Gegenstände abgeben. — Mit mehr Recht wäre wohl dagegen zu sagen, grade weil jene Güterstücke in der Nähe der von Rothschild'schen Villa lagen und Herr von Rothschild als Kaufliebhaber derselben in Betracht kam, waren dieselben so viel werth, als dafür erlöst worden ist.

Was jedoch den Werthanschlag der übrigen Fideicommißgüter betrifft, so wäre allerdings derselbe, wenn Kläger sich bei der Annahme von 110,000 nicht beruhigen zu können glaubt, durch Sachverständige zu ermitteln. Daraus, daß Kläger nicht angegeben, wie viel weniger als fl. 110,000 diese Güterstücke werth seien, auf ein Zugeständniß des Werthes von fl. 110,000 zu schließen, erscheint unzulässig.

6. Von einer Aufrechnung irgend eines Betrages der Legate von fl. 3500 auf das Vollstreckungshonorar kann nach dem sub 3 Entwickelten keine Rede mehr sein. Entweder wird die Zusicherung eines Honorars von ¼ % des Nachlasses bewiesen, dann besteht dasselbe neben den Legaten — oder sie wird nicht bewiesen, dann bestehen lediglich die Legate und fällt jedes weitere Honorar ganz weg.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Würde Beklagter binnen 14 Tagen, Gegenbeweis vorbehalten, beweisen:

1. daß der Erblasser, Freiherr von Wiesenhütten ihm ausdrücklich die Befugniß zugesichert habe, sich dereinst als

Honorar für die Vollstreckung seines letzten Willens $^1/_4$ % des Nachlasses zu berechnen,

2. daß die von dem Erblasser hinterlassenen Fideicommißgüter abgesehen von dem inzwischen an Herrn von Rothschild verkauften 75 Morgen im Uebrigen auf fl. 110,000 anzuschlagen seien,

so soll Kläger unter Verurtheilung zum Kostenersatz mit seiner Klage abgewiesen sein.

II. Für den Fall, daß einer oder der andere dieser Beweise ganz oder theilweise nicht geführt würde, bleibt abänderndes Erkenntniß vorbehalten.

Dieses Erkenntniß wurde auf beiderseitige Appellation vom Appellationsgericht (Rechtsfacultät Jena) durch Erkenntniß vom 8. December 1862 bestätigt. Auf Appellation des Klägers und Adhäsion des Beklagten erging am 30. Mai 1864 folgendes bestätigendes

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

In Erwägung,

1. daß es zwar nicht bezweifelt werden kann, daß das Legat von fl. 1500 in Beilage 3 zum Wiesenhütten'schen Testamente dem Beklagten lediglich in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker und als Honorar für die mit diesem Amte verbundenen Bemühungen zugewendet worden, während einer gleichen Annahme in Betreff des weiteren Legats von fl. 2000 in Testamentsbeilage 17 gewichtige Bedenken entgegenstehen, jene Zuwendung indessen mit keinerlei Hindeutung darauf erfolgt ist, daß das fragliche Legat dasjenige, was der Testamentsvollstrecker als solcher für seine Bemühungen in Anspruch nehmen dürfe, ausschließlich ausmachen, oder doch auf das, nach der Behauptung des Beklagten bereits früher ihm versprochene Honorar von $^1/_4$ % des Nachlasses in Anrechnung kommen solle, und es zwar dann, wenn dieses frühere Versprechen nur in einer allgemeinen Zusage bestanden haben sollte, vermöge deren der Erblasser sich anheischig gemacht, dem zu ernennenden Testamentsvollstrecker ein derartiges Honorar demnächst zuzuwenden, als selbstverständlich anzusehen

sein würde, daß das fragliche Legat gerade zur Erfüllung dieser Zusage haben dienen sollen,

eine gleiche Annahme aber nicht mehr Platz greift, wenn das Versprechen — wie dies in der dem Beklagten zu Beweis verstellten Behauptung liegt — bereits die, wenn auch bedingte, feste vertragsmäßige Zusicherung einer bestimmten aus dem Nachlasse, also von dem Erben zu leistende Vergütung für die mit dem Amte eines Testamentsvollstreckers verbundene Mühewaltung enthielt;

hier vielmehr, in Ermangelung einer ausdrücklichen, das Legat zu dem früheren Versprechen in eine bestimmte Beziehung setzenden Erklärung des Testators, es nur als dessen Intention würde angesehen werden können, dem Testamentsvollstrecker neben dem vertragsmäßig zugesicherten, noch ein weiteres Honorar durch Legat zuzuwenden;

2. daß die dem Testamentsvollstrecker eingeräumte Selbstständigkeit und Unabhängigkeit und das damit verbundene Verbot jeder gerichtlichen Einmischung in seine Thätigkeit und Alles, was damit in Verbindung steht, selbstverständlich nur insofern Platz greift, als es sich um Vollziehung des ausdrücklich ausgesprochenen oder präsumtiven Willens des Erblassers handelt,

abgesehen von der beklagterseits behaupteten und zu Beweis verstellten vertragsmäßigen Zusicherung aber die Auszahlung eines weiteren als das durch das fragliche Legat ausgesetzten Verwaltungshonorars an sich selbst nicht allein als ein dem Testaments-Executor nicht aufgetragener, sondern geradezu als ein gegen den Willen des Testators vollzogener Act anzusehen sein würde,

da derselbe ausdrücklich bestimmt hat, daß der Testamentsvollstrecker sein Amt ganz in der in Frankfurt üblichen nnd gesetzlichen Weise zu vollziehen habe, und Beklagter anerkennt, daß er, wenn lediglich Gesetz und Ueblichkeit entscheiden sollten, kein Honorar neben den ihm ausgesetzten Legaten zu beziehen haben würde;

3. daß im Uebrigen die beiderseitigen Beschwerden in den, dem angefochtenen Erkenntnisse beigefügten Entscheidungsgründen ihre ausreichende Widerlegung finden:

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem Kläger durch Urtheil vom 11. April 1863 gegen die Versäumung der Appellations-Einführungs- und Rechtfertigungs-Frist in den vorigen Stand wieder eingesetzt worden, für berichtigt, auch die Adhäsion für statthaft zu erachten, in der Sache selbst aber das beim Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 8. December 1862, wie hiemit geschieht, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

363.

Vorstand der israelitischen Gemeinde, Kläger, gegen **A. M. Eymer,** geb. Wägmann, und **David Wägmann,** Beklagte, Schließung von Fenstern betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I vom 18. August 1862.

Sofern die Klage sich auf das vermeintliche Versprechen des Erblassers des Beklagten stützen will, das derselbe gelegentlich des Bäuchens von 1822 gegeben haben soll, muß sie verworfen werden; denn, wie die deßfallsigen Bauamtsacten zeigen, kann ein solches Versprechen überhaupt nicht als gegeben angenommen, wenn aber dennoch, muß es zugleich als gelöst betrachtet werden, da der damalige Bau, worauf es doch allein bezogen werden dürfte, zugestandenermaßen gar keine Fenster hat.

2. Wenn auch die Klage sich entschieden auf jenes Versprechen allein zu stützen scheint, so behauptet sie doch zugleich auch allgemeine Rechtswidrigkeit der fraglichen Fenster und da die Gegenerklärung hierfür noch, wenn auch nachträglich, eine genügende Behauptung von deren heimlicher Errichtung enthält, welche für eine zuläßige Klagerläuterung angesehen werden darf, so entscheidet der Wegfall des Klaggrundes aus dem Versprechen allein die Sache noch nicht.

3. Da die Klage, falls man sie als das interdictum quod vi aut clam betrachten wollte, das bekanntlich nur ein Jahr dauert, längst verjährt wäre, so kann sie nur als die Befreiung bezweckende Eigenthumsklage (actio negatoria) behandelt werden, wenn auch die Beklagten die klägerische Behauptung nicht zugeben wollen, daß die fraglichen drei Fenster sich im wirklichen Eigenthum des Klägers angebracht fänden. Nun behauptet aber Kläger selbst weder, daß die Beklagten persönlich die fraglichen Fenster gewaltsam oder heimlich

errichtet hätten, noch daß sie auch nur zur Zeit des erbschaftlichen Erwerbs ihres Hauses irgend um gewaltsame oder heimliche Errichtung dieser Fenster durch ihren Erblasser etwas gewußt hätten. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, daß sie, die Erben, sich in der Lage befanden, durch die zehnjährige Servitutenverjährung das Recht, diese Fenster zu behalten, erwerben zu können; und da nun selbst nach der klägerischen Darstellung die Beklagten dieselbe jedenfalls noch viel länger als zehn Jahre durch unangefochten und ruhig besessen haben, Kläger auch selbst nicht einmal zu behaupten vermocht haben, daß ursprünglich nur bittweise die Fenster von ihm gestattet gewesen seien, welchenfalls er nach dem gerade diesen Fall behandelnden und in ihm den Besitzer unbedingt schützenden

Cap. 7, § 6. des Baustatuts

erst noch zum Beweise dieser Behauptung zu lassen gewesen wäre, so muß auch der weitere besprochene Klaggrund verworfen werden.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

Kläger wird unter Verfällung in die Streitkosten hiermit ab- und zur Ruhe verwiesen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 2. März 1863.

(Rechtsfacultät Halle.)

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten des eingelegten Rechtsmittels der Appellation beobachtet sind, auch, was die Sache selbst betrifft, es bei dem angefochtenen, die Klage abweisenden Erkenntnisse de publ. 18. August 1862 nicht zu belassen, vielmehr, unter Wiederaufhebung desselben, Kläger innerhalb einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist den Grund seiner Klage dahin zu beweisen hat,

daß ihm das Eigenthum desjenigen Stückes der den alten israelitischen Friedhof einschließenden Mauer zustehe, worauf die in dem der Klage beigefügten Risse

[3] der St. G. A.

mit Nr. 20, in den von dem Verklagten beigebrachten Risse

[6] der St. G. A.

mit Nr. 20. c. bezeichnete Gebäulichkeit (Theil der Behausung Lit. B. Nr. 30 hinter der Judenmauer — neu Nr. 20 — stößt, und worin sich die libellirten drei Fenster, nämlich die drei unteren Fenster der genannten Gebäulichkeit, befinden.

Wogegen den Verklagten der directe Gegenbeweis und der Beweis ihrer Einrede alternativ dahin vorbehalten bleibt:

1. entweder, daß sie, beziehungsweise ihr Erblasser, die bezeichneten Fenster schon zehn Jahre lang besessen haben,

wogegegen jedoch dem Kläger der Beweis freizulassen, daß

a. die Errichtung der Fenster heimlich geschehen, oder doch später, aber vor Ablauf der Ersitzungszeit, deren Besitz ein heimlicher geworden sei, oder

b. daß die Errichtung derselben nicht in gutem Glauben geschehen, oder doch später, aber vor Ablauf der Ersitzungszeit ein böser Glaube bezüglich der Fenster eingetreten;

2. oder dahin, daß sie, beziehungsweise ihr Erblasser die Fenster schon dreißig Jahre lang besessen,

wogegen dann dem Kläger nur der zweite unter b. genannte Theil obigen Beweises freizulassen.

Die Kosten erster Instanz bleiben ausgesetzt, die der zweiten werden compensirt, mit Ausnahme der durch Einholung eines auswärtigen Erkenntnisses erwachsenen, welche dem Kläger, auf dessen Antrag die Aktenversendung geschehen, allein zur Last fallen.

Aus den Entscheidungsgründen zum Facultäts-Erkenntnisse.

In der Reformation

Thl. VIII. Tit. 7, § 2 bis 6

ist nämlich bestimmt, daß ohne ein besonderes Recht dazu erworben zu haben, Niemand in seinem eigenen Bau gegen seines Nachbarn

Haus oder Hof zu Fenster anbringen dürfe, und ganz entsprechend verordnet auch das Baustatut von 1809

Capitel VII. § 8, vergl. § 6 und 7,

daß ohne ein besonderes Servitutrecht oder Bewilligung des Nachbarn Niemand in seinem Bau Fenster oder Oeffnungen anbringen dürfe; welche gegen Haus, Dach, Hof oder Hausgarten des Nachbarn gerichtet seien, sofern er nicht von dessen Eigenthum wenigstens 9 Werkschuhe entfernt bleibe. Es fragt sich, ob diese Bestimmungen nicht auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden seien.

Für die Bejahung könnte man geltend machen wollen, daß der Grund der gedachten Vorschriften, wie ihn die Reformation a. a. O. § 2 und 4 angibt, auch auf Friedhöfe passe, zudem aber sogar schon der Wortlaut des Gesetzes auch Friedhöfe begreife, da im Begriffe von „Hof“ eben auch Friedhöfe mitenthalten seien.

Eine genauere Erwägung führt jedoch entschieden zur Verneinung hin und zwar aus folgenden Gründen:

1) Wenn auch nicht geläugnet werden soll, worauf schon der Ausdruck „Friedhof“ hinweist, daß das Wort „Hof“ in einem weiteren Sinn auch umfriedigte Begräbnißplätze umfasse, und zwar selbst dann, wenn sie sich nicht unmittelbar an oder neben einer Kirche befinden, so ist durch diese weite Bedeutung von „Hof“ immer nur eine sehr seltene und ungewöhnliche, und namentlich wird kaum jemals angenommen werden dürfen, daß Jemand, wenn er schlechtweg von Höfen spricht, dabei auch an Friedhöfe denke. Unter einem „Hofe“ versteht man vielmehr, abgesehen von den übertragenen Bedeutungen des Wortes, im allgemeinen nur einen umschlossenen, freien Platz an oder in einem Gebäude.

Vergl. Adelung, Wörterbuch der hochdeutschen Mundart Theil II. unter „Hof“.

Sind daher schon sprachliche Gründe einer Beziehung der erwähnten Gesetzesbestimmungen auf Friedhöfe keinesweges günstig, so kommt hinzu, daß der Umfang dieser Bestim.nungen in der That gar nicht nach solchen rein sprachlichen Gründen, sondern nur mit Rücksicht auf die Meinung des Gesetzgebers bemessen werden darf.

2. In dieser Hinsicht aber kann es gar nicht zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber, wenn er von „Haus und Hof“ oder gar, wie

in dem — seit seiner Einführung allein maßgebenden — Baustatute von „Haus, Dach, Hof oder Hausgarten" redet, in dieser Verbindung unter „Hof" nur einen solchen Hof gemeint hat, der sich unmittelbar an oder in einem Hause befindet. Es kann dies um so weniger einem Zweifel unterliegen, als es vollkommen mit dem gewöhnlichen, regelmäßigen Sprachgebrauch übereinstimmt, der doch im Zweifel bei einem Gesetzgeber immer vorauszusetzen ist. Insbesondere aber läßt das Baustatut durchaus keine andere Deutung zu, denn wenn man annehmen wollte, es hätte unter „Hof" nicht einen Hof an oder in einem Hause, sondern jeden umfriedigten, oben offenen und nicht zur Cultur von Gewächsen bestimmten Platz, also z. B. auch ganz isolirte Zimmerhöfe, Packhöfe, Holzhöfe und insbesondere Friedhöfe verstanden, so müßte es in der That völlig unbegreiflich und geradezu widersinnig erscheinen, daß die gesetzliche Vorschrift sich nicht auch auf alle Gärten, sondern, wie das Baustatut mehrfach ausdrücklich sagt, gerade nur auf Hausgärten bezieht. Diese Auslegung wird noch dadurch nicht unwesentlich unterstützt, daß es nach der Ueberschrift des Titels VII im 8. Theil der Reformation und nach § 1 daselbst, sowie nach Capitel VII. § 1 des Baustatutes die ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers war, in den folgenden Paragraphen diejenigen Gerechtigkeiten genauer zu regeln, welche „einer Behausung gegen die andere" zustehen können. Daraus ergibt sich von neuem der Schluß, daß unter „Haus, Hof und Garten" der Reformation, und namentlich unter „Haus, Dach, Hof und Hausgarten" des Baustatutes nur Häuser und unmittelbar in oder an Häusern liegende, dazu gehörige Höfe oder Gärten verstanden werden sollten.

3. Eine Anwendung der gesetzlichen Vorschriften auch auf isolirte Höfe und insbesondere auf Friedhöfe könnte demnach nur zufolge einer analogen Ausdehnung dieser Vorschriften geschehen. Eine solche aber erscheint als unstatthaft,

a. zuvörderst schon deßhalb, weil gedachte Vorschriften gegenüber den Consequenzen des strengen Eigenthumsbegriffes als reine Singularität erscheinen, und namentlich dem gemeinen Recht widersprechen, während doch die Reformation a. a. O. § 1, sowie das Baustatut a. a. O. § 1 verordnen, daß überall da, wo nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt werde, die Grundsätze des gemeinen Rechtes zu befolgen seien.

b. Ferner aber trifft bei Friedhöfen auch nicht einmal der Grund des Gesetzes vollkommen zu, und es fehlt daher an der ersten Bedingung jeder analogen Ausdehnung. Jener Grund war nämlich offenbar kein anderer, als der, das Haus und den unmittelbar dazu gehörigen Hof und Garten, als die Räume, welche vorzugsweise für das engste Privat- und Familienleben bestimmt sind und nur dann eine wirkliche Behaglichkeit gewähren können, wenn man sich darin vor Beobachtung Anderer frei und sicher weiß, vor zudringlichen Blicken und Ohren der Nachbarn zu schützen, dadurch aber zugleich auch die thatsächliche Möglichkeit einer unbefugten materiellen Einwirkung durch Auswerfen, Ausschütten und dergleichen abzuschneiden.

Reform. a. a. O. § 1 verb.: „Damit sein Nachbar durch das verdrießlich Einsehen, auch etwa Ausschütten und Auswerfen nicht beschwert werde."

Wenn gleich nun der letztere Theil dieses Grundes auch auf Friedhöfe passen würde, so ist doch der erste gewiß nicht anwendbar auf Räume, deren Natur schon, wenn sie auch nicht gerade dem gesammten Publikum geöffnet sind, eine gewisse Oeffentlichkeit nothwendig mit sich bringt.

Sind nun nach all' diesem auf Fenster, die gegen einen Friedhof gerichtet sind, die beregten singulären Bestimmungen der Frankfurter Particulargesetzgebung nicht anwendbar, so versteht sich nach dem öfter angeführten § 1 der Reformation und des Baustatuts von selbst, daß solche Fenster lediglich nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes beurtheilt werden müssen. — — —

Entscheidet aber hier nur das gemeine Recht, so kommt nun vor allem der Einwand des Appellanten in Betracht, daß seitens der Appellaten eine Berufung auf Ersitzung überhaupt gar nicht zugelassen werden könne, weil die Möglichkeit jeder Ersitzung durch die Heiligkeit des Ortes, gegen den sie geltend gemacht werden wolle, von vornherein ausgeschlossen sei. Dieser Einwand kann indessen nicht als gegründet erachtet werden. Allerdings waren Begräbnißstätten nach römischem Rechte als res religiosae jedem menschlichen Eigenthum, damit dem Verkehr und folglich auch jeder Ersitzung entzogen. Allein es wird allgemein anerkannt, daß die Grundsätze des römischen Rechtes über die res divini juris im heutigen gemeinen Rechte nicht mehr unbedingt

als anwendbar betrachtet werden können. Namentlich wird heutzutage auch an res divini juris ein Eigenthum (der Kirche oder betreffenden Religionsgemeinde) angenommen.

S. z. B. Glück, Commentar II. § 166 bis 168.
Walter, Kirchenrecht 13. Ausg. § 269.
Unger, Syst. des österreich. Privatrechts, Bd. I. S. 367, f.

Begräbnißstätten insbesondere genießen als solche und an und für sich gar keiner rechtlichen Auszeichnung mehr; sie sind daher keineswegs dem Verkehr entzogen, und folglich ist auch eine Ersitzung an ihnen sehr wohl möglich.

Glück, XI. § 768, Note 51.
Unterholzner, Verjährungslehre I. § 51 a. E. (2. Aufl. von Schirmer, S. 168)
Unger, I. S. 368.

Katholische Friedhöfe freilich, wiewohl sie als Kircheneigenthum betrachtet werden, sind nach kanonischem Rechte noch immer außer Verkehr.

Walter, § 267 verbunden mit § 269.
Göschen, Vorlesungen § 70. (Bd. I. S. 221.)

allein dies hat nicht in ihrer Eigenschaft als Begräbnißstätten, sondern blos darin seinen Grund, weil sie nach den Satzungen der Kirche eine besondere Benediction erhalten müssen, dadurch aber in der That zu heiligen Sachen werden.

Walter, a. d. a. O.
Göschen, a. a. O.
Glück, II § 166.

Bei den Protestanten kommt eine solche Benediction nicht vor, und bei ihnen werden daher auch die Friedhöfe keinesweges als außer dem Verkehr stehende Sachen, sondern vielmehr als gewöhnliche res universitatis angesehen.

Göschen, a. a. O.
J. H. Böhmer, jus eccles. protest. lib. III. tit. 28, § XII et XIII. (ed III. tom. 2, p. 1056 sq.)

Desgleichen müssen aber auch die Friedhöfe der Israeliten als gewöhnliche res universitatis betrachtet werden.

Böhmer l. c. § 13:
(Habent Judaei propria sua coemeteria, quae sibi libere constituunt ubi tolerantur, et sic ad universitatem Judaeorum spectant.)

3. Appellant hat ferner geltend gemacht, wenn überhaupt eine Ersitzung als statthaft anzunehmen, so könne doch jedenfalls nur von einer vierzigjährigen Ersitzung die Rede sein. Allein die Bestimmung der

Nov. 111, c. 1.
Nov. 131, c. 8.
vergl. c. 8, X de praescript. II. 26.

daß unbewegliche Sachen der (christlichen) Kirchen und milden Stiftungen keiner kürzeren, als einer vierzigjährigen Ersitzung unterliegen sollen, läßt als eine ganz singuläre Begünstigung durchaus keine analoge Erweiterung zu und kann daher auf das Gut von israelitischen Religionsgemeinden nicht angewendet werden.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Klägers durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 31. Mai 1864** unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der Kläger beschwert sich

1. darüber, daß auf Beweis erkannt sei, und nicht vielmehr der in voriger Instanz aufgestellten ersten Beschwerde entsprechend, die Beklagten sofort der Klagbitte gemäß zur Schließung der streitigen Fenster, eventuell zur Erstattung aller demselben erwachsenen Kosten verurtheilt worden seien. Diese Beschwerde wird gegenwärtig nur noch auf zwei Gründe gestützt:

a. darauf, daß es der Verjährungseinrede an der Angabe eines Erwerbstitels fehle, ohne welchen die jede Verjährung ausschließende Heimlichkeit als selbstverständlich zu betrachten sei.

Es ist jedoch jederzeit als herrschende Lehre des gemeinen Rechtes anzusehen, daß zur Servitutenersitzung nur ein fehlerfreier, binnen 10

resp. 20 Jahren in gutem Glauben ausgeübter Besitz und weder ein sonstiger Erwerbstitel, noch die Wissenschaft des Eigenthümers in Betracht kommen;

Windscheid, Pand. Recht, Bd. I. S. 213, not. 5 f.

und diese Auffassung hat das Ober-Appellationsgericht von jeher in vielfachen, nach allen vier freien Städten ergangenen Entscheidungen getheilt.

Ebenso unhaltbar ist es, wenn sich der Kläger

b. darauf stützt, daß um deswillen die Regel des gemeinen Rechts in dem vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen könne, weil die Heiligkeit des Ortes jede Verjährung ausschließe.

Es müßte nämlich in dieser Beziehung den in den Gründen zum vorigen Urtheil S. 17 bis 20 aufgestellten Ansichten durchgängig beigepflichtet werden, und die von dem Kläger hiergegen angeführten Gesetze von 1808. 1812 und insbesondere vom 1. September 1824, durch welche die Israeliten in ihrer bürgerlichen Stellung den christlichen Einwohnern gleichgestellt sind, enthalten eine spezielle Bestimmung über die in Rede stehende Frage nicht. Auch kann die allgemeine Anerkennung der religiösen Gesetze und Gebräuche der Israeliten nicht dahin führen, ihren Friedhöfen höhere Rechte beizumessen, als den christlichen Gottesäckern beigelegt werden. Dieses Ergebniß würde aber eintreten, wenn man jene in Betreff von Servituten der vorliegenden Art anders behandeln wollte, als diese, welche von der Regel des gemeinen Rechtes nicht ausgenommen sind. Daß endlich die Religionsvorschriften der Israeliten eine Anlegung von Fenstern nach ihrem Friedhofe speciell untersagten, kann, weil unerheblich, unentschieden bleiben, und der allgemeine Grund, es werde dadurch allen Störungen und Verletzungen Thür und Thor geöffnet, ist unzutreffend.

2. Die zweite Beschwerde des Klägers betrifft die im vorigen Urtheil demselben gemachte Beweisauflage hinsichtlich des Eigenthums an demjenigen Stück, der den alten israelitischen Friedhof einschließenden Mauer, worauf die Gebäulichkeit der Beklagten stoße und worin sich die fraglichen drei Fenster befänden. — Diese Beschwerde würde begründet sein, wenn die Vorschrift des Baustatuts Cap. VII. § 8, welche in den Gründen zum vorigen Urtheil S. 11 in Bezug genommen worden ist, in dem vorliegenden Fall Anwendung fände.

Das ist jedoch nicht der Fall, da der Paragraph nur von einem Neubau oder einen Umbau redet, hier jedoch weder dieser noch jener vorliegt. — Es bedurfte daher einer Untersuchung über den Begriff des Ausdrucks „Hof" im Baustatut nicht. Käme jedoch etwas darauf an, so müßte den Gründen zum vorigen Urtheil beigepflichtet werden, daß der Ausdruck auf einen Gottesacker, wenngleich derselbe Friedhof genannt wird, nicht zu beziehen sei, indem die dagegen von dem Kläger erhobenen Einwendungen die Ausführungen der Fakultät nicht widerlegt haben. Ob die Auslegung der Gesetzesstelle von den Beklagten in den Akten in Anspruch genommen worden ist, erscheint gleichgültig. Unzutreffend aber ist es jedenfalls, wenn der Kläger in jetziger Instanz die Unzulässigkeit der Fensteranlage daraus ableitet, daß hier eine Brandmauer in Frage stehe, in dieser aber nach Cap. I. § 10 und 24 und Cap. VII. § 10 Fenster unzulässig seien. Denn die Behauptung, daß hier eine Brandmauer vorliege, findet sich in erster Instanz nicht, ist mithin ein in gegenwärwärtiger Instanz nachgeschobenes Klagefundament, dessen Stattnehmigkeit und factische Richtigkeit noch in gegenwärtiger Instanz bestritten wird.

3. Mittelst der dritten Beschwerde wird in Beihalt ihrer Rechtfertigung eine Abänderung der Beweisauflage dahin verlangt, daß dieselbe auf die Gemeinschaftlichkeit der fraglichen Mauer alternativ gerichtet werde. Diese Beschwerde muß jedoch, wie die Beklagten mit Recht hervorheben, schon um deßwillen verworfen werden, weil es an einer bestimmten desfallsigen Behauptung in den Akten erster Instanz fehlt.

4. Mittelst der vierten Beschwerde verlangt der Kläger zunächst, daß der an die Beklagten gerichteten Beweisauflage ein vierzigjähriger Zeitraum substituirt, auch den Beklagten auferlegt werde, darzuthun, daß ihre Besitzeshandlungen nicht heimlich und daß sie in gutem Glauben ausgeübt worden seien, während er eventuell damit einverstanden ist, daß der Beweis der Heimlichkeit und des bösen Glaubens ihm auferlegt werde.

Der erste Theil dieser Beschwerde mußte deshalb verworfen werden, weil die Friedhöfe der Israeliten nicht als Sachen von Stadt-

gemeinden anzusehen und selbst diesen kein Privilegium in Ansehung des Zeitablaufes zusteht.

Windscheid, Pand. § 182, not. 6.

Daß ihnen das Privilegium von unbeweglichen Sachen der Kirchen- und milden Stiftungen nicht gebührt, bedarf keiner Ausführung. Die Grundsätze des römischen Rechtes aber, über Begräbnißplätze, als dem Verkehr entzogene Sachen, finden heutzutage, wo dieselben im Eigenthum der betreffenden Kirchen- oder politischen Gemeinden, oder auch in Privateigenthum stehen, keine Anwendung.

Der zweite Theil der Beschwerde, mit welcher die fünfte und die sechste Beschwerde in ihrer Richtung auf die zum Beweise verstellte Ersitzung von zehn Jahren zusammen fallen, wird in Betreff des Mangels der Heimlichkeit durch wiederholte Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts

Vergl. z. B. Seuffert, Archiv Bd. 15, Nr. 108.

beseitigt, und ebenso in Betreff des guten Glaubens, wie noch kürzlich nach Frankfurt

von Holzhausen ca. Jung und Cons. 30. Juni 1863

ausgeführt worden ist.

5. Mittelst der letzten Beschwerde wird auch für die Ersitzung von 30 Jahren die Beweisnachlassung in Betreff der Heimlichkeit in Anspruch genommen. Jedoch ohne Grund. Die Fehlerfreiheit des Besitzes ersetzt bei Dienstbarkeiten das Erforderniß des Titels beim Eigenthum. Dieses ist bei solchem im Falle 30jähriger Ersitzung nachgelassen und mithin auch bei Servituten und folglich auch dessen Surrogat.

Die Verurtheilung des Klägers in die Kosten gegenwärtiger Instanz ist eine Folge der Verwerfung seiner Beschwerden.

---

*) Siehe Bd. VIII. S. 30.

364.

Martin Dürrstein, Kläger und Impetrant, gegen **Anton Dochnal**, Beklagten und Impetraten, wegen Forderung und deßhalb impetrirten Arrestes.

Aus den Entscheidungsgründen zum Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 15. April 1863.

Beklagter sucht die rechtliche Unzulässigkeit des gegen ihn zur Begründung des hiesigen Gerichtsstandes erkannten Arrestes daraus herzuleiten, daß er den Buchauszug [3] act. sowohl aus der Person der klägerischen Cedentin, der Handlung C. Diedrich & Comp. zu Offenbach, als auch aus der Natur der geltend gemachten Forderung für ein ungenügendes Bescheinigungsmittel erklären zu können glaubt. Was nun

1. die in ersterer Beziehung erhobenen Bedenken betrifft, so müssen dieselben für ungegründet erachtet werden. — — —

Wenn aber Beklagter

2. unter Berufung auf den zur Zeit des erkannten Arrestes noch in rechtlicher Gültigkeit gewesenen

Art. 50 der prov. Prozeß-Ordnung von 1819 dem Buchauszug [3] act. die Bescheinigungsfähigkeit absprechen will, weil es sich um die Forderung eines Spediteurs handle, so kommt hiergegen eines Theils in Betracht, daß der Buchauszug die Forderung nicht als die Auslage eines vermittelnden Spediteurs, sondern als das directe Guthaben der Handlung Diedrich & Comp. für den geleisteten Transport der betreffenden Gegenstände darstellt. Anderen Theils konnte aber auch bereits vor Verkündigung des Gesetzes vom 20. Dezember 1861 den Auszügen, welche sich aus ordnungsmäßig geführten Hand-

lungsbüchern entnommen erwiesen, da, wo sie als bloße Bescheinigungsmittel benutzt werden sollten, nicht eine nur auf den Wortlaut des Art. 50 der prov. Prozeß-Ordnung beschränkte Wirkung beigelegt werden, nachdem denselben in Folge oberstrichtlicher Erkenntnisse

vergl. Vereins-Sammlung der Lübecker Entscheidungsgründe Bd. III. S. 313.

sogar auch eine viel weiter gehende Beweiskraft zuerkannt worden war, womit auch der von dem Beklagten angezogene, am 18. November 1859 hohem Senat ertheilte Bericht nicht im Widerspruch steht. Daher war auch der Posten vom 31. August 1860 in [3] act., Havarie-Unkosten von fl. 152. 30 kr. als genügend bescheinigt zuzulassen, wozu noch kommt, daß derselbe als mit dem 2. Posten vom 6. Juli 1860 connex und als nöthige Verwendung auf die dem letzteren zu Grunde liegenden Schwellen erscheint.

Mit der Zulassung des Auszugs [3] act. als Bescheinigungsmittel ist aber selbstverständlich noch keineswegs über den Umfang der Beweiskraft entschieden, welche den Handlungsbüchern der Cedentin des Klägers beizulegen sein wird.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 10. August 1863.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung, daß

1. die von dem Kläger gegen den Beklagten eingeklagte Forderung auf mehrere von der Handlung C. Diebrich & Comp. für den Beklagten bewerkstelligte Transportgeschäfte sich gründet,

2. eine Forderung aus solchen Geschäften keinesfalls zur Zeit der Anstellung der Klage durch den Auszug aus einem Handelsbuch bescheinigt werden konnte, demgemäß

3. der gegen den Beklagten vom Stadtgerichtsdirectorium am 15. November 1860 erkannte, durch Stadtgerichtsdecret vom 26. August 1861 erneuerte Arrest wieder aufzuheben, die erhobene Klage wegen Unzuständigkeit des Stadtgerichts von hier abzuweisen und der Kläger

zum Ersatz der dem Beklagten durch den Arrest verursachten Schäden und Kosten zu verurtheilen war.

Aus diesen Gründen wird unter Aufhebung der Abschnitte B. C. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 15. April 1863 zu Recht erkannt:

I. Der gegen den Beklagten vom Stadtgerichts-Directorium am 15. November 1860 erkannte, durch Stadtgerichtsdecret vom 26. August 1861 erneuerte Arrest wird wieder aufgehoben.

II. Die gegen den Beklagten erhobene Klage wird wegen Unzuständigkeit des Stadtgerichts von hier abgewiesen.

III. Der Kläger hat dem Beklagten die durch den Arrest und die Klage verursachten Schäden und Kosten zu ersetzen.

Die Kosten dieser Instanz werden verglichen und hat Appellat dem Appellanten den Protokoll- und Urtheilsstempel zur Hälfte zu erstatten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 9. Juni 1864.

Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung

1. daß zwar die Bestimmungen der Reformation Thl. I. Tit. 31, § 12 durch Rechtsprechung und Praxis mit dem gemeinen Rechte dahin in Einklang gesetzt ist, daß der förmliche Beweis durch Handlungsbücher nicht blos bei Kauf-, sondern auch bei anderen Handelsgeschäften, namentlich wegen Forderungen aus Commissionen und Speditionen zugelassen wird;

daß daher, wenn der Art. 50 der provisorischen Prozeßordnung hinsichtlich der Fähigkeit der Auszüge aus Handlungsbüchern zur Bescheinigung von Forderungen zwecks eines nachgesuchten Arrests lediglich auf die obige Stelle der Reformation Bezug nähme, es keine Bedenken haben würde, die Ausdehnung, welche dem § 12 cit. gegeben ist, auch hier eintreten zu lassen, daß dagegen, nachdem der Art. 50 in wörtlicher Auffassung der Reformation, Auszüge aus Handlungsbüchern bei Arrestgesuchen nur insoweit zur Bescheinigung

zuläßt, als eine „Forderung aus verkauften Waaren in Frage steht, es nicht statthaft erscheint, diese völlig klare singuläre Vorschrift in Folge der dem § 12 cit. gegebenen Ausdehnung bei Seite zu setzen, wie denn die Unthunlichkeit eines solchen durch die frankfurter Praxis seither auch nicht geübten Verfahrens bei der Erlassung des Gesetzes vom 20. Dezember 1861 anerkannt worden ist, indem laut der diesem Gesetze vorausgegangenen Verhandlungen eine neue Legislation über die Beweisfähigkeit der Handlungsbücher im ordentlichen Verfahren, weil hierüber eine dem gemeinen Rechte entsprechende Praxis sich bereits gebildet habe, nicht für erforderlich, gleichwohl aber die förmliche Aufhebung des Art. 50 cit., weil nach diesem „Auszüge aus Handlungsbüchern der Banquiers, Spediteure und Comissionäre nicht als Beweismittel dienen können" für nothwendig erachtet ist;

Protokolle der gesetzgebenden Versammlung, Bd. 21. S. 234. Bd. 23. S. 55.

daß daher

2. der vom Kläger bei seinem Arrestgesuche beigebrachte Buchauszug seines Cedenten, wenngleich Letzterem die Rechte eines Handelsmannes nach dem darüber Beigebrachten nicht abzusprechen sein dürften, zur Bescheinigung der eingeklagten Forderung, mag dieselbe nun eine Speditions- oder eine Frachtforderung sein, nach dem zur Zeit des nachgesuchten Arrestes noch gültigen Art. 50 cit. nicht dienen kann,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 10. August 1863, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

365.

M. S. Sonnemann Nachfolger, Kläger und Impetranten, jetzt Appellanten, gegen **Marcus Berlé** zu **Wiesbaden**, Beklagten und Impetraten, jetzt Appellaten, Forderung von 17,007 Thlr. 19 Sgr. 6 Pf. betreffend.

Der Beklagte hatte zu beweisen:

„daß die in Ziffer 13 des [3] der Akten enthaltene Cession nur zum Scheine geschehen und daß derselben ungeachtet die cedirende Disconto-Gesellschaft die wahre Forderungsberechtigte des betreffenden Guthabens geblieben sei"

Das Stadtgericht I. erkannte durch Erkenntniß vom 6. Februar 1863 auf den Schiedseid des Klägers; das Appellationsgericht aber erkannte durch das Erkenntniß vom 18. Mai 1863 auf den Erfüllungseid des Klägers; dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Klägers durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 28. Juni 1864** unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

Ob die vorigen Richter den dem Beklagten auferlegten Beweis der von ihm behaupteten Simulation mit Recht für bis zum Erfüllungseide geführt erkannt haben, erschien nicht zweifellos. Gleichwohl mußte diese Entscheidung bestätigt werden.

Allerdings zwar läßt sich daraus, daß in dem vorliegenden Falle die Cession erwiesenermaßen nur zu dem Zwecke vorgenommen ist, um gegen den Beklagten in Frankfurt einen Arrest zu erwirken, wie vom Stadtgerichte, unter Hinweisung auf frühere Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts, mit Recht bemerkt ist, an sich für eine Simulirung der Cession nichts folgern.

Ebenso ist auch der Umstand, daß in der mit der Klage beigebrachten Cessionsurkunde [3] die Cedentin nicht nur für die Richtigkeit, sondern auch für den richtigen Eingang der cedirten Forderung zu haften verspricht dafür, daß keine wirkliche Cession, sondern nur ein Mandat vorliege, an und für sich völlig unbeweisend.

Dagegen erscheint, wenn man beide Umstände zusammen ins Auge faßt und dabei erwägt, daß die Kläger gar kein Interesse hatten, die fragliche Forderung gegen den Beklagten zu erwerben, die mit Replik beigebrachte Uebereinkunft [53] durch welche die Cessionsurkunde ihre nähere Erläuterung und Modification erhalten sollte, nicht unverdächtig. Zwar stellen sich die einzelnen Bestimmungen dieser Uebereinkunft, wenn man jede für sich ins Auge faßt, als einfache Consequenzen der von der Cedentin übernommenen Garantie des richtigen Eingangs der Forderung und insoweit als unverfänglich dar. Dies gilt namentlich von der Bestimmung des § 3, daß wenn Berlé die cedirte Forderung nicht in Güte an die Cessionare entrichte, diese zur gerichtlichen Verfolgung derselben mittelst einer in Frankfurt anzustellenden Arrestklage zu schreiten verbunden seien. Denn der Cedent, welcher für Bonität der Forderung haften will, kann ohne Zweifel diese seine Haftungspflicht von der Einschlagung solcher gerichtlichen Schritte abhängig machen, die ihm als die geeignetsten erscheinen, die volle Befriedigung des Cessionars herbeizuführen. Ebenso verhält es sich mit der ferneren Bestimmung des § 3, daß die Cessionare ohne Vorwissen und Genehmigung der Cedentin keinen Vergleich mit dem debitor cessus sollen schließen dürfen. Denn es versteht sich ganz von selbst, daß ein Cessionar einem für Bonität haftenden Cedenten gegenüber, durch einen gegen dessen Consens geschlossenen Vergleich der Regel nach seinem Regreßrechte präjudicirt. Endlich entspricht es auch dieser Garantie für den richtigen d. h. vollständigen Eingang der cedirten Forderung, wenn die Cedentin in § 4 für den Fall, daß es zur Arrestklage kommen sollte, sich verpflichtet, den Cessionaren alle dadurch entstehenden Kosten und Schäden zu ersetzen, da, wenn diese von den Cessionaren getragen werden müßten, sie selbst dann, wenn es schließlich zur Verurtheilung des debitor cessus in die Bezahlung der ganzen Schuld kommen sollte, nicht vollständige Befriedigung erhalten würden. Allein

a. gerade daraus, daß Dasjenige, was sich bei einer Cession der vorliegenden Art als natürliche Consequenz derselben darstellt, noch ausdrücklich stipulirt worden ist, erwächst ein Verdacht der Simulation. l. 195, D. de R. J.

Namentlich gilt dies von dem Verbote eines einseitigen Vergleichs. Denn da bei einer wirklichen Cession der Cessionar, wie jegliche andere Disposition über die cedirte Forderung, so auch das unbeschränkte Recht hat, über dieselbe einen Vergleich zu schließen und es lediglich seine Sache ist, zu erwägen, inwiefern er durch solchen Vergleich seine Rechte gegen den für Bonität haftenden Cedenten verliert, so kann es nur auffallend erscheinen, wenn ihm in dieser Beziehung in § 3 etwas positiv vorgeschrieben wird. Ueberdies

b. kommt es nicht sowohl auf die einzelnen Bestimmungen der Vereinbarung an sich, als vielmehr auf die Gesammtheit derselben in ihrem Zusammenhange an. Verbindet man nun mit den bisher berührten Punkten die Bestimmung, daß der stipulirte Kaufpreis nach §. 2, bis auf die sofort baar zu zahlenden 4000 Thlr. den Cessionaren bis nach Eingang der Forderung gegen 5 % Verzinsung creditirt wird und daß bei Nichteingang derselben natürlich auch die gezahlten 4000 Thlr. zurückzuzahlen sind, so ergibt sich als das Resultat der ganzen Vereinbarung, daß die Kläger an dem wirklichen Eingange der angeblich cedirten Forderung ebensowenig ein geeignetes Interesse und über dieselbe ebensowenig ein Dispositionsrecht haben, als wenn sie einfache Mandatare wären. Auch erscheint es

c. auffallend, daß in der Uebereinkunft gar nichts darüber bestimmt ist, ob und nach welchem Zinsfuße den Klägern für die von der Cedentin sofort gezahlten 4000 Thlr. falls die cedirte Forderung nicht eingehe, Zinsen vergütet werden sollen. Gibt nun schon der Inhalt der der Cessionsurkunde zum Grunde liegenden Uebereinkunft nicht unerheblichem Zweifel Raum, ob von den Parteien eine wirkliche Cession beabsichtigt sei, so steigern sich diese

2. zu einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit der vom Beklagten behaupteten Simulation durch den Umstand, daß die Kläger in dem Wechsel [79], welchen sie den Beklagten als vorläufige Caution zur Abwendung des Personalarrestes haben acceptiren lassen, denselben angewiesen haben, den Werth auf Rechnung der B. D. G.

(Berliner Disconto-Gesellschaft) zu stellen. Denn die Behauptung der Kläger, es habe hierdurch nur angedeutet werden sollen, auf welches ursprüngliche Schuldverhältniß die Trassirung sich beziehe, hat wenig für sich.

Vielmehr muß man dem Beklagten zugeben, daß, wenn die Kläger sich selbst als die wahren Forderungsberechtigten betrachtet hätten, sie nicht füglich so, wie sie gethan, hätten schreiben können, so daß man also wohl berechtigt ist, in dieser Anweisung ein den Klägern unbedachtsamer Weise entschlüpftes Eingeständniß des wahren, durch die „Cessionsacte“ und die „Uebereinkunft“ künstlich verhüllten Sachverhältnisses zu erblicken. Ist aber das der Fall, dann ist auch

3. der von den Klägern versuchte Gegenbeweis, selbst wenn man denselben etwas günstiger, als von den vorigen Richtern geschehen, beurtheilen könnte, nicht geeignet, das Gewicht der nach dem Obigen für den Beweissatz streitenden Vermuthungen in dem Maße zu mindern, als es nöthig wäre um nach Reform I. 39. § 8. die Kläger vor dem Beklagten zum Eide zuzulassen.

War sonach das vorige Erkenntniß zu bestätigen, so konnten die Kläger auch mit der Verurtheilung in die Kosten dieser Instanz nicht verschont werden.

366.

Robert Wilhelm Grube zu Berlin, Klägers, gegen **Jacob Sickinger,** Beklagten, wegen Forderung.

Aus den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse des Stadtgerichts I.

vom 27. Januar 1862.

Wenn auch beide Theile Kaufleute sind, so erscheint doch das zwischen denselben bestandene, hier in Betracht kommende Verhältniß nicht sowohl als eine kaufmännische Geschäftsverbindung, als vielmehr als freundschaftliche Vorschußleistungen Seitens des Klägers, welche von Zeit zu Zeit theilweise wieder gedeckt und rückerstattet wurden, verbunden mit einigen wenigen Geschäftsbesorgungen von beiden Seiten. Da nun Kläger selbst angibt, daß er früher nie Zinsen verlangt habe, daß auch früher keine Contocorrente, in welchen etwa Zinsen berechnet worden wären, gegeben worden seien, auch nicht bestimmt angeben kann, wann früher von seiner Seite Aufforderungen an den Beklagten zur Saldirung ergangen seien, so bleibt zur Begründung seiner Forderung von Zinsen für die Zeit vor der Klage nur noch seine Behauptung übrig, daß ihm vom Beklagten Zinsen versprochen worden seien. Dieser Beweis würde aber allerdings genügen, um seine Forderung von 5% als landesüblicher Größe und, vorbehältlich rectificirter Berechnung, mit jahrweisem Contocorrentabschluß und Saldovortrag zu rechtfertigen — wogegen der vom Beklagten in Anlage C seiner Schlußerklärung producirte Notizzettel in keiner Weise als zu einem Gegenbeweis tauglich in Betracht kommen kann.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 28. April 1862.

Auf Appellation des Klägers.

Der nunmehr in den Entwurf des deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 289 aufgenommene Rechtssatz:

> daß Kaufleute unter einander berechtigt sind, in beiderseitigen Handelsgeschäften, auch ohne Verabredung und Mahnung von jeder Forderung seit dem Tage ihrer Fälligkeit die landesüblichen Zinsen zu berechnen,

ist als gemeinrechtliche Gewohnheit von der Theorie und Praxis anerkannt:

Siehe Brinkmann, Handelsrecht § 123 und 129.
Thöl, Entscheidungsgründe des O.-A.-G. Nr. 44.

Die Bedingungen für die Anwendung dieser Regel sind in dem vorliegenden Falle vorhanden. Es ist unbestritten, daß der Beklagte Kaufmann ist. Dem Kläger aber kann die ihm vom Beklagten selbst beigelegte Eigenschaft eines Handelsmannes jetzt mit Grund nicht deshalb abgesprochen werden, weil der Kläger zur Zeit kein selbstständiges Geschäft mehr treibt und dermalen als Handlungscommis in Diensten steht.

Streitet nun schon im Allgemeinen die Vermuthung dafür, daß zwischen Handelsleuten abgeschlossene Geschäfte, eigentliche Handelsgeschäfte in Ausübung des Gewerbes vorgenommen sind, so characterisirt sich insbesondere der zwischen den Streittheilen stattgehabte Verkehr, mag solcher auch zunächst durch freundschaftliche Beziehungen herbeigeführt worden sein, wesentlich als eine kaufmännische Geschäftsverbindung und nicht wie das Stadtgericht annimmt, lediglich als freundschaftliche Vorschußleistung.

Abgesehen davon, daß Forderung und Gegenforderung beiderseits im Gewande des kaufmännischen Contocorrents die Prüfung der einzelnen Posten in „Soll und Haben“, daß ein eigentliches Credit und Vorschußverhältniß mittelst Baarzahlungen und Rimessen bestanden hat, wobei der Kläger Banquier des Beklagten war, und beiderseits hin und wieder vorgekommene kleinere Vorlagen mitunter geschäftlicher,

außergerichtlicher Art, wie unter Kaufleuten üblich, in Rechnung gebracht worden sind.

Dem Einwande des Beklagten,

daß Zinsen vermöge einer langjährigen stillschweigenden Uebereinkunft zwischen den Parteien nicht gezahlt zu werden brauchen,

fehlt es an der erforderlichen thatsächlichen auch nicht einmal in der Duplik nachgeholten Begründung.

Dem von Kläger selbst angeführten Umstande aber,

„daß von ihm bis zur Klagestellung Contocorrente mit Zinsenberechnung nicht übergeben worden sind, überhaupt bis dahin weder eine Zinsforderung noch Aufforderung zur Saldirung mittelst Contocorrents oder sonst stattgefunden hat,

kann nach Lage der Sache eine weitere Bedeutung nicht beigelegt werden, als daß durch diese Unterlassung das Recht des Klägers auf den unter Kaufleuten üblichen in dem Contocorrente vorkommenden Jahresabschluß und Saldirung einschließlich der Zinsen verwirkt worden ist.

Eine Zinsenberechnung der Contocorrentposten zu 5% für beide Theile, welchen Zinsfuß der Beklagte nicht bestritten hat, erscheint dagegen unter Wegfall der Zwischenabschlüsse, für die Zeit vom Januar 1858 an bis zur Klage Oktober 1861 statthaft, ohne daß es noch des von dem Stadtgerichte auferlegten von dem Kläger angefochtenen Beweises eines besonderen Zinsenversprechens bedarf.

Aus diesen Gründen wird unter Aufhebung membr. 2 des stadtgerichtlichen Bescheids zu Recht erkannt:

I. Der Kläger ist berechtigt, nach Maßgabe der vorstehenden Entscheidungsgründe 5pCtige Contocorrentzinsen zu berechnen.

II. Die Kosten dieser Instanz werden verglichen und hat der Beklagte dem Kläger die Hälfte des Protokolls und Urtheilsstempels zu erstatten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Juni 1864.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem die vom Beklagten wegen Versäumung der Einführungsfrist nachgesuchte

Restitution ertheilt worden, für berechtigt anzunehmen, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 28. April 1862 zwar in Ansehung der Kosten voriger Instanz zu bestätigen, im Uebrigen aber aufzuheben und dasjenige des Stadtgerichts vom 27. Januar 1862 wiederherzustellen sei.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden compensirt und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadt-Gericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Es handelt sich gegenwärtig lediglich darum, ob der Kläger von den einzelnen Forderungen, welche ihm aus seinem Geschäftsverkehr mit dem Beklagten in den Jahren 1858 bis 1861 zustehen, sich Zinsen berechnen dürfe, deren Höhe zu 5 % eventuell nicht bestritten ist. Das Appellationsgericht hat die Frage schon nach jetziger Actenlage bejaht, während das Stadtgericht das Recht des Klägers von einem zu erweisenden Zinsversprechen des Beklagten abhängig gemacht hat. Der Beklagte verlangt mittelst seiner alleinigen Beschwerde Wiederherstellung der stadtgerichtlichen Entscheidung, indem die anscheinend weiter gehende Schlußbitte des Libells der Fassung der Beschwerde gemäß, („Bestätigung des stadtgerichtlichen Urtheils") zu erklären ist, und darüber hinaus offenbar unstatthaft sein würde.

Kläger hat zwar in erster Instanz behauptet, er habe den Beklagten schon vor der, wenige Tage vor Erhebung der Klage ergangenen Aufforderung mehrfach an Berichtigung seiner Schuld gemahnt, hat aber keinen Zeitpunkt dieser Mahnungen angegeben, weßhalb das Stadtgericht keine Beweisauflage hierauf gerichtet hat; und dabei hat sich der Kläger, wie aus der Fassung seiner Beschwerde in voriger Instanz hervorgeht, beruhigt. Ist daher von dem Gesichtspunkte von Verzugszinsen ganz abzusehen, so kommt es lediglich darauf an, ob der vom Kläger geltend gemachte Umstand, daß der Geschäftsverkehr der Parteien ein kaufmännischer gewesen sei, mit dem Appellationsgerichte als Rechtsgrund einer Verzinsungspflicht des Beklagten anzuerkennen sei.

1. Stände es fest, daß der Kläger in den Jahren 1858 bis 1861 überhaupt kaufmännische Geschäfte auf eigene Rechnung betrieben habe, so würde die aufgeworfene Frage allerdings bejaht werden müssen. Man kann es dahin gestellt sein lassen, ob der im Art. 289 des deutschen Handelgesetzbuches enthaltene Satz, wonach Kaufleute unter einander sich von jeder Forderung seit dem Tage ihrer Fälligkeit landesübliche Zinsen berechnen dürfen, in gleicher Allgemeinheit schon im bisherigen gemeinen Recht begründet sei. Unbedenklich durfte soviel schon bisher behauptet werden, daß die Verzinslichkeit von Forderungen, welche durch baare Geldverwendungen, Vorschüsse oder Auslagen entstanden sind, sich unter Kaufleuten auch ohne besondere Verabredung von selbst verstehe. Denn dieser Satz, auf welchen sich die vom Appellationsgericht angeführten

Thöl, Samml. der Entscheid. Nr. 44.
Brinckmann, Handelsrecht § 33. 123.

beschränken, rechtfertigt sich durch folgende Erwägung: Jeder, welcher fremde Geschäfte besorgt hat, ist von den dabei ausgelegten Geldern auch ohne Versprechen oder Verzug Zinsen zu fordern befugt, wenn er nachzuweisen vermag, daß die Bestreitung der Auslage für ihn die Nothwendigkeit herbeiführte, selbst Zinsen zu bezahlen oder Activzinsen zu entbehren.

l. 12. § 9. D. mand. (17. 1.)
l. 19. § 4. D. de negot. gest. (35)
l. 18. C. eod. (2. 19.)

Dieses besonderen Beweises bedarf es aber nicht erst, wenn der Geschäftsführer ein Kaufmann ist, von welchem ohne Weiteres angenommen wird, daß er sein Geld stets nutzbar zu machen pflege und bis zum Maß der landesüblichen Zinsen auch jederzeit Gelegenheit dazu finde, so daß die Aufwendung baaren Geldes die Präsumtion in sich schließt, er büße die Zinsen des aufgewendeten Betrages ein.

Gilt dies zunächst in Bezug auf Auslagen, so ist die Anwendung auf alle Arten baarer Vorschüsse nur eine natürliche und consequente Erweiterung, da es in der fraglichen Beziehung sich ganz gleich steht, ob der Kaufmann in Folge eines Auftrags oder einer Bitte um Vorschuß eine baare Geldaufwendung macht. Nun ergibt der Inhalt der von beiden Parteien vorgelegten Abrechnungen, daß

die übergroße Mehrzahl Posten, welche dem Guthaben des Klägers zu Grunde liegen, in baaren Vorschüssen und Auslagen bestanden hat, und darauf, daß es bei einzelnen kleineren Posten zweifelhaft bleibt, ob sie nicht aus andern Veranlassungen herrühren, ist kein Gewicht zu legen. Denn wenn der Jahre lang fortgesetzte Geschäftsverkehr der Parteien seinen Hauptbestandtheilen nach geeignet war, den Zinsanspruch des Klägers zu rechtfertigen, so würde angenommen werden dürfen, daß es nicht in der Absicht der Parteien gelegen haben könne, unbedeutende Beträge anderer Art von der Hauptrechnung auszusondern und getrennt zu behandeln.

2. Um aber die fragliche Zinsberechtigung zu begründen kann es nicht genügen, daß der Gläubiger nur überhaupt dem kaufmännischen Berufe angehöre; vielmehr muß derselbe entweder mit einem selbstständigen Handelsgeschäft etablirt sein, oder, wenn dies nicht der Fall ist, wenigstens irgendwie gewerbmäßig kaufmännische Geschäfte auf eigene Rechnung betreiben. Denn gemeinrechtlich beruht jene Zinsberechtigung, in welchem Umfang man dieselbe auch annehmen möge, immer nur auf der erwähnten Vermuthung, daß der Gläubiger seine Geldmittel stets nutzbar zu machen im Stande und gewohnt sei, und diese Vermuthung läßt sich nur unter der bemerkten Voraussetzung rechtfertigen. Daß jedoch der Kläger in den Jahren 1858—1861 kaufmännische Geschäfte auf eigene Rechnung betrieben habe, darüber enthalten die bisherigen Verhandlungen durchaus keine bestimmte Auskunft. Daß die Parteien in ihrer beiderseits zu den Acten gebrachten Abrechnungen sich der Form eines Conto-Corrents bedient haben, ist, da beide unbestritten dem kaufmännischen Berufe angehören, und deshalb an diese Form gewöhnt sind, ohne Erheblichkeit, zumal wenn man erwägt, daß der Kläger selbst einräumt, während der ganzen Zeit der Geschäftsverbindung hätten regelmäßige Rechnungsabschlüsse unter den Parteien nicht stattgefunden, auch habe er vor dem 11. October 1861 dem Beklagten noch keinen Conto-Corrent zugestellt, noch sonst eine Aufforderung zur Zahlung von Zinsen an ihn gerichtet. Ebenso wenig entscheidet der Umstand, daß der Kläger in den rubris der beiderseitigen Prozeßschriften als Handelsmann bezeichnet worden ist; denn diese Bezeichnung konnte also jedenfalls nicht in der Bedeutung eines selbstständig etablirten Kaufmanns gemeint sein, da der Kläger zu

dieser Zeit nach seiner und des Beklagten übereinstimmenden Angabe nur Reisender eines Berliner Handlungsgeschäftes war; noch weniger läßt sich aus dieser Bezeichnung ein Rückschluß darauf machen, daß der Kläger während des vorangehenden Zeitraums von drei Jahren kaufmännische Geschäfte auf eigene Rechnung betrieben habe. Endlich kann auch aus der Angabe des Beklagten in der Duplik, daß Kläger zur fraglichen Zeit sich jahrelang der Comptoirlokalitäten und des Auslaufers des Beklagten bedient habe, einer Angabe, welche der Kläger selbst überdies für unrichtig erklärt, irgend eine bestimmte Folgerung jener Art nicht gezogen werden. Durch alles dieses wird daher der Zweifel, ob die Geschäftsverbindung der Parteien nicht eine bloß freundschaftliche gewesen sei, nicht gehoben.

Mit Unrecht beruft sich nun der Kläger darauf, der Beklagte hätte es als eine Einrede geltend machen müssen, daß er, der Kläger, in den Jahren 1858—1861 nicht die Eigenschaft eines Kaufmanns gehabt habe, und diese Einrede sei verspätet vorgebracht worden. Vielmehr war es unverkennbare Sache des Klägers, wenn er seinen Zinsanspruch auf die angegebene Weise begründen wollte, die Behauptung, daß er in jener Zeit als Kaufmann etablirt gewesen sei oder anderweit auf eigene Rechnung kaufmännische Geschäfte betrieben habe, aufzustellen und zu substanziiren. Hieran fehlt es aber gänzlich. Denn wenn es in der Replik heißt: „beide Theile sind Kaufleute“, und das sei durch das rubrum der Vernehmlassung zugestanden, so bezieht sich dies auf die Zeit der Prozeßführung, hebt also nur den kaufmännischen Beruf des Klägers hervor, gibt aber darüber, daß und in welcher Weise der Kläger in den Jahren 1858—1861 diesen Beruf wirklich ausgeübt habe, nicht die mindeste Andeutung. Nach Lage der Sache konnte daher dem Kläger nicht einmal ein Beweis über das fragliche Fundament seines Zinsanspruches nachgelassen werden und war vielmehr das stadtgerichtliche Erkenntniß in diesem Punkte wiederherzustellen.

Bei dem Wechsel der Entscheidungen mußte es nicht nur bei der Compensation der Kosten voriger Instanz verbleiben, sondern waren die Kosten der gegenwärtigen Instanz gleichfalls zu compensiren.

367.

C. B., geb. A., Klägerin, gegen ihren Ehemann **D. B.**, Beklagten, Ehescheidung, jetzt provisorische Verfügung betreffend. *)

Erkenntniß des Stadtgerichts
vom 21. September 1863.

In Erwägung, daß

1. die Implorantin nach dem Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts vom 25. Juni 1859 nicht berechtigt ist, getrennt von ihrem Ehemann zu leben,

2. die Implorantin nicht behaupten kann, daß sie sich jemals auch nur bereit erklärt hätte, zu ihrem Ehemanne zurückzukehren, aus dem Umstande aber, daß der Ehemann in Folge des gedachten Erkenntnisses keine Schritte gethan hat, um die Rückkehr seiner Ehefrau durch Zwangsmaßregeln zu bewirken, sondern vielmehr deren Separation factisch duldet, keine Berechtigung der Implorantin zur Ausübung derjenigen Befugnisse hergeleitet werden darf, welche einer gerichtlich getrennten Ehefrau zustehen,

3. hiernach aber die Implorantin in keiner Weise zu dem Verlangen berechtigt ist, daß ihr Ehemann angehalten werde, ihr auch noch die zu einer getrennten Wohnung erforderlichen Mobilien zu verabfolgen,

4. die durch das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 15. Februar 1862 verfügte gerichtliche Hinterlegung der in Rede stehenden Insatzzinsen aber gerade hauptsächlich deswegen angeordnet worden ist, weil die Implorantin die Rückkehr zu ihrem Ehemann verweigert und dadurch die ordnungsmäßige Verwaltung und Verwendung der ehelichen Vermögensmasse verhindert,

---

*) Siehe Band IV. S. 406 und Band VI. S. 323.

5. sämmtliche von der Implorantin in ihrer Eingabe vom 30. Mai 1863 gestellten Anträge, sonach als ungerechtfertigt erscheinen;

aus diesen Gründen wird die Implorantin mit ihren Anträgen vom 30. Mai 1863 abgewiesen und schuldig erkannt, dem Imploraten die durch das desfallsige Verfahren entstandenen Kosten zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 25. November 1863.

Auf Appellation der Klägerin.

In Erwägung, daß

1. nach der in den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 15. Februar 1862 enthaltenen rechtlichen Erörterung, aller Gewinn und Erwerb der Eheleute, mit gewissen gesetzlichen Ausnahmen, ein von dem Sondergut jedes Ehegatten zu unterscheidende Vermögen bildet, welches seiner Zeit deductis deducendis zur Errungenschaft gerechnet wird, an welchem aber schon während der Ehe eine wirkliche Gemeinschaft und ein Recht des Mitgenusses beider Theile begründet ist,

2. in die erwähnte Gemeinschaft, bei welcher dem Ehemann als Haupt der Familie das Verwaltungsrecht alle von dem inferirten Vermögen eines jeden Ehegatten gewonnenen Früchte und Zinsen fallen,

3. die in dem angezogenen Erkenntniß verfügte Deposition der aus den der Klägerin zugehörenden Insatzcapitalien eingehenden Zinsen bezwecken soll, eine Ausgleichung derjenigen Störung zu bewirken, welche die Klägerin für die Ausübung der Rechte ihres Ehemannes durch ihre hartnäckig verweigerte Rückkehr zu demselben, schuldvoll herbeigeführt hat,

4. daher die Deposition so lange fortbestehen muß, bis die Klägerin der ihr durch das Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 25. Juni 1859 gewordenen Auflage zu ihrem Ehemann zurückzukehren Folge geleistet haben wird,

5. die Klägerin auch nicht geltend machen kann, es seien ihr die fraglichen Zinsen zu ihrem Unterhalt unentbehrlich, da sie diese

nach ihrer Rückkehr zu ihrem Ehemanne von demselben zu erwarten hat, und mithin sie es selbst verschulden würde, wenn sie nach ihrer Behauptung sich dermalen in bedrängten Umständen befinden sollte,

6. der Klägerin, falls sie nicht vorziehen wird, dem sachgemäßen und billigen Vorschlage ihres Ehemannes ihre Zustimmung zu ertheilen, es immerhin unbenommen bleibt, wegen anderweiter Anlage des H.'schen Insatzcapitals in einer die erwähnten Rechte ihres Ehemannes rücksichtlich der Zinsen und zunächst die Deposition der letzteren sichernden Weise, geeignete Anträge zu stellen,

7. was die Anträge der Klägerin auf die in [48] angegebenen Mobilien anbelangt, sie hierauf keinen Anspruch zu machen haben würde, wenn auch dieselben seiner Zeit von dem ersten Stadtgerichts-Sekretär als für sie ausgeschieden verzeichnet gewesen und beziehungsweise ihr nöthig wären, weil nach späterhin erfolgter Aufhebung der in erster Instanz verfügten provisorischen Trennung dem Beklagten, welcher auf der Rückkehr der Klägerin allerdings besteht, nicht zuzumuthen ist, sie durch Verabfolgung jener Mobilien in ihrer widerrechtlichen Renitenz mittelbar zu bestärken,

wird die erhobene Appellation unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten dieser Instanz verworfen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 14. Juli 1864.

In Erwägung:

daß den Entscheidungsgründen der beiden vorigen Instanzen nur beigepflichtet werden kann, insbesondere die Klägerin auf die in dem Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 15. Februar 1862 vorkommende Aeußerung, daß der Ehemann über die Revenüen des Frauenguts nicht willkührlich, sondern nur in gemeinschaftlichem Interesse zu verfügen habe und hinsichtlich der Verwendung der hier fraglichen Zinsen alle Rechte und Interessen der Klägerin ungeschmälert blieben, sich ohne allen Grund beruft, indem diese Aeußerung nur sagt, daß an der Pflicht des Beklagten die Zinsen nicht anders als im gemeinschaftlichen Interesse zu verwenden, durch die angeordnete Deposition nichts geändert werde, nun aber die Möglichkeit einer die

klägerischen Interessen verletzenden Verwendung, so lange die ausgewirkte Deposition fortdauert, überhaupt nicht in Frage kommt,

daß vielmehr der jetzige Antrag der Klägerin, insofern er speciell auf Aushändigung derjenigen Zinsen gerichtet ist, welche vermöge des Erkenntnisses vom 15. Februar 1862 zur Deposition verwiesen wurden, mit diesem Erkenntniß direct in Widerspruch steht und soweit derselbe als ein allgemein auf Darreichung der zum Unterhalt der Klägerin erforderlichen Geldmittel gerichteter aufgefaßt werden kann, demselben ebenso, wie dem Antrage auf Verabfolgung ferneren Mobiliars der Umstand entscheidend entgegensteht, daß der Beklagte zur Aufnahme der Klägerin in seinem Hause stets bereit gewesen ist und sie auf Gewährung der Mittel zu einem abgesonderten Leben gar keinen Anspruch hat,

daß endlich die Verwerflichkeit der klägerischen Beschwerde, gegenüber den richtig motivirten Entscheidungen der beiden vorigen Instanzen, dem Sachführer der Klägerin unmöglich entgehen konnte, ihm daher ein Mißbrauch des Rechtsmittels zur Last fällt, während die rechtsunkundige Klägerin selbst den vorliegenden Umständen nach von gleicher Verantwortlichkeit nicht betroffen wird,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 25. November 1863, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen, auch der Sachführer der Klägerin zu Frankfurt, wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine binnen vier Wochen, bei Vermeidung von Zwangsmaßregeln, an die Canzlei des Ober-Appellationsgerichts zu entrichtende Geldstrafe von dreißig Mark Courant zu verurtheilen sei.

Uebrigens wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

368.

F. Geiger und Ehefrau, Kläger und Appellaten, gegen **Jacob Hahn,** Beklagten und Appellaten, Vertragserfüllung, jetzt Zulassung eines Zeugen betreffend.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 15. September 1864.

In Erwägung:

daß die Vorschrift im § 54 des Gesetzes über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen vom 7. November 1848 das Rechtsmittel der Berufung gegen eine richterliche Verfügung, welche die Vernehmung von Zeugen mit Vorbehalt aller Einreden zuläßt, unbedingt ausschließt, daß ferner die, die Zulässigkeit der Rechtsmittel normirenden § 53 bis 59 des angeführten Gesetzes unzweifelhaft auf das Verfahren in allen Instanzen zu beziehen sind, daß mithin die Unstatthaftigkeit eines Rechtsmittels gegen die so verfügte Zulassung von Zeugen anzunehmen ist, gleichviel ob diese Verfügung in erster oder zweiter Instanz erlassen worden, also auch gegen den angefochtenen Bescheid des Appellationsgerichts, welcher die Vernehmung des Zeugen Loeb Stern vorbehältlich aller Einrede zuläßt, ebensowenig Appellation stattfinden kann, als wenn die so beschränkte Zulassung des Zeugen in erster Instanz verfügt wäre,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 3. Juni d. J. eingewendeten Appellation für gewahrt zu achten, die Appellation selbst aber, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz als unstatthaft zu verwerfen sei und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zum weiteren Verfahren zurückverwiesen.

369.

Gebr. **Wex**, zu Barmen, Kläger und Appellaten, gegen **H. St. Goar**, Beklagten und Appellanten, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend. *)

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober Appellationsgerichts
vom 17. September 1864.

I. Während in voriger Instanz der Beweis des Beklagten über mangelhafte Breite der streitigen Union Gallons für verfehlt, auf Grund der Zeugenaussagen vielmehr für positiv widerlegt erklärt, und deshalb jede Eidesleistung der Parteien über diesen Punkt beseitigt worden ist, verlangt der Beklagte mittelst seiner ersten Beschwerde principaliter, daß der fragliche Beweis als bis zum Erfüllungseide erbracht erachtet, eventuell, daß wenigstens der vom Stadtgericht den Klägern darüber auferlegte Eid wiederhergestellt werde. Es konnte nun

1. darin, daß der Beweis des Beklagten in diesem Punkte mißlungen sei, den vorigen Richtern nur beigepflichtet werden.

Zwar muß man dem Beklagten zugeben, daß es bei der Bestimmung der unter dem Namen Union Gallons verkauften Bänder auf deren genaue Breite wesentlich mit ankam und der Käufer verlangen durfte, daß die Bänder in allen ihren Theilen die gehörige contractmäßige Breite hätten. Die Frage ist aber hier, ob in einem Falle, wo vertragswidrige Qualität und daneben ein Mangel an Breite zum Beweise verstellt wird, eine Beschaffenheit der Bänder, wonach sie in Folge ungleichmäßiger Bearbeitung nicht durchgängig, sondern nur an einzelnen Stellen zu schmal ausgefallen sind, mit zu den Fehlern der Qualität oder zu dem Mangel an Breite zu rechnen sei. Wird man nun, bei der großen Schwierigkeit, für Bänder von ungleicher Breite einen bestimmten Fehlbetrag des Gesammtmaßes zu ermitteln, schon im Allgemeinen geneigt sein müssen, eine solche Beschaffenheit nur als Qualitätsmangel aufzufassen, so kann nach den

---

*) Siehe Band IV. S. 39 f.

concreten Umständen des vorliegenden Falles kein Zweifel darüber obwalten. Das in der Revisionsinstanz ergangene Beweisinterlocut vom 3. August 1855 stützte sich bei Zulassung des Beklagten zum Beweise der vorgeschützten exceptio quanti minoris wesentlich mit auf die spezielleren Angaben, durch welche der Beklagte in der Beilage 3 des Revisionslibells seine in erster Instanz sehr allgemein gehaltenen Ausstellungen an der gelieferten Waare näher erläutert und ergänzt hatte. In dieser Beilage 3 ist aber der Verlust am Breitenmaß völlig mit demjenigen am Längenmaß gleichgestellt, indem bei drei Waarenpartien bemerkt ist, dieselben seien statt 3/4 (der die Breite bezeichnenden Nummern) nur 1/2 gewesen, und sich darnach genau berechnet findet, wieviel wegen des Fehlbetrags am Längen- und Breitenmaße zusammen vom Preise der Waare abgehe, während der Verlust an Qualität nur in einem allgemeinen Procentsatz ausgedrückt ist. Die Behauptung fehlender Breite als eines von der Qualität verschiedenen Mangels ging also lediglich dahin, daß gewisse Waarenpartieen einer geringeren Breitennummer angehörten, als versprochen worden war; mit anderen Worten, daß die in diesen Partien befindlichen Bänder durchgängig, in der ganzen Länge der Stücke und nicht bloß stellenweise wegen Ungleichheit der Kanten, der durch die Nummer bezeichneten richtigen Breite ermangelten.

Wenngleich nun der im decisum des Revisions-Erkenntnisses aufgestellte Beweissatz nur allgemein auf den Minderwerth der Waare „wegen ihrer Mängel an der Länge, Breite und Qualität" gerichtet ist, so konnte der Sinn desselben doch nach jener thatsächlichen Begründung der Einrede kein anderer sein, als daß unter Mängeln an Länge und Breite nur die einfach mit dem Maßstab zu messenden Fehlbeträge der Dimension gemeint, unter den Mängeln der Qualität aber alle anderen, in ihrem Einfluß auf den Werth erst einer Schätzung bedürfenden Fehler, also auch nicht bestimmt meßbare Unregelmäßigkeiten in der Breite begriffen sein sollten.

Der Beklagte ist denn auch offenbar von dieser Auffassung des Beweisinterlocuts selbst ausgegangen, indem er ein Duplikat der erwähnten Beilage 3 des Revisionslibelles seiner Beweisantretung als Beilage M zu Grunde gelegt und sich soweit nöthig zu einem Erfüllungs- und Schätzungseid über den die spezielle Berechnung

des fehlenden Breitenmaßes enthaltenden Abschnitt A dieser Beilage erboten, sowie eventuell den Klägern den Eid über eben diesen Abschnitt zugeschoben hat.

Vergleicht man hiermit den Inhalt der Zeugenaussagen, so sind die beiden Zeugen M. und S. die einzigen, welche den hier fraglichen Punkt berührt haben, indem alle übrigen Zeugen von dem Mangel der Breite nicht das Mindeste erwähnen. Nun hat zwar Zeuge M. in seiner ersten gerichtlichen Vernehmung die allgemeine Angabe gemacht, es habe an der Breite, welche die verschiedenen Nummern hätten haben sollen, gefehlt, und er habe an allen von ihm untersuchten Stücken aus den verschiedenen Kisten die nämlichen Fehler in Qualität, Länge und Breite constatirt. Allein eben der Umstand, daß M. an allen untersuchten Stücken die gerügten Breitenmängel gefunden haben will, läßt schon vermuthen, daß er darunter nicht die Zugehörigkeit ganzer Stücke unter eine geringere Breitennummer, sondern vielmehr eine bei allen Stücken mehr oder weniger vorkommende Ungleichmäßigkeit der Breite verstanden haben werde, da eine geringe Breitennummer nach den eigenen Angaben des Beklagten sich nur bei drei von den gelieferten neun Waarenpartien gefunden haben soll. Und diese Vermuthung über den Sinn der Aussage wird durch die zweite Vernehmung des Zeugen vollkommen bestätigt, woselbst er ausdrücklich erklärt hat: er habe die verschiedenen Breiten nicht mit dem Maßstab untersucht, denn in der Breite seien die Gallons nur darum mangelhaft gewesen, weil die Kanten ungleich und die Waare überhaupt unregelmäßig gearbeitet gewesen sei. Damit stimmt denn auch die Aussage des anderen Zeugen, L. S., überein, welcher erklärt, er habe die sämmtlichen Waaren sowohl in Qualität als in Länge und Breite defectiv gefunden, und dies dahin näher erläutert: „sie waren von geringerer Qualität als die Muster, dünn, am Rande unegal, was der durch die Nummer angedeuteten bestimmten Breite Eintrag that, und keines der Stücke erhielt das bestimmte Maß."

Der hier in Frage stehende Beweissatz hat somit in den Zeugenaussagen nicht die mindeste Bestätigung gefunden, weshalb die Einwendungen, welche von Seiten der Kläger gegen die Glaubwürdigkeit der beiden Zeugen M. und S. erhoben worden sind, und welche in Ansehung des Ersteren die Anerkennung der vorigen Instanzen gefunden haben, ganz dahin gestellt bleiben können.

2. Ergibt sich hieraus die Verwerflichkeit der Beschwerde, soweit sie auf eine materielle Prüfung des geführten Beweises gestützt worden ist, so entstand zunächst die Frage, ob nicht dem eventuellen Theil der Beschwerde wegen der formellen Sachlage zu entsprechen sei; und diese Frage mußte bejaht werden, so daß die Richtigkeit der von den vorigen Richtern zu Grunde gelegten Ansicht, durch die Zeugenaussagen sei sogar das Gegentheil des Beweissatzes erwiesen, keiner weiteren Prüfung bedurfte.

Die Kläger haben sich bei dem Stadtgerichts-Erkenntniß vom 9, Mai 1860 beruhigt, haben sich also auch dem decisum sub. I. B. 2 unterworfen, wonach sie nach vorgängiger Ableistung des dem Beklagten sub. A. 1 auferlegten Eides schwören sollen, daß die Breite der in der Factura verzeichneten Union Gallons nicht mangelhaft gewesen sei. Ob das Stadtgericht diesen Eid der Kläger als Reinigungseid oder als acceptirten Schiedseid angetragen habe, kann nach den vorausgeschickten Entscheidungsgründen als zweifelhaft angesehen werden bedarf aber nach Lage der Sache keiner Entscheidung. Wenn nämlich die sententia à qua den gedachten Eid ohne eine entsprechende Beschwerde der Kläger wieder beseitigt hat, weil das, was von den Klägern beschworen werden solle, bereits durch die Zeugenaussagen erwiesen sei, so liegt formell unzweifelhaft eine reformatio in pejus gegen den Beklagten vor. Denn, durfte das Stadtgericht, sofern es das Ergebniß des Zeugenbeweises ebenso beurtheilte, wie die vorigen Richter, weder auf den Reinigungs- noch auf den deferirten Eid recurriren, so lag in der Auferlegung des Eides an die Kläger jedenfalls die Entscheidung zu Gunsten des Beklagten, daß das Gegentheil des Beweissatzes zur Zeit nicht für erwiesen gelten könne. Und daß die Beseitigung dieser Entscheidung etwa deshalb den Character einer reformatio in pejus verliere, weil gleichzeitig hinsichtlich des Beweises der Mängel an Qualität und Längemaß zu Gunsten der Beklagten reformirt wurde, das läßt sich in keiner Weise behaupten, da es sich hier um völlig trennbare Punkte handelt. Es kann sich daher nur fragen, ob eine reformatio in pejus hier ausnahmsweise wegen ausgedehnterer richteramtlicher Befugnisse bei Eidesleistungen gerechtfertigt sei. So ausgemacht es nun ist, daß über Thatsachen, worüber die Acten bereits einen vollen Beweis enthalten, weder eine

Eidesdelation zugelassen, noch ein richterlicher Eid auferlegt werden soll, so ist dies doch eine Erwägung, welche nur re integra für den erkennenden Richter in Betracht kommt, aber nicht mehr, wenn über das Beweisergebniß in der fraglichen Beziehung bereits rechtskräftig entschieden ist. Die richterliche Entscheidung darüber, ob Beweis, resp. Gegenbeweis über eine Thatsache erbracht sei, unterliegt so gut, wie die Entscheidung anderer Streitfragen unter den Parteien, der Rechtskraft, und es fehlt an einem Grunde, da eine Ausnahme hiervon zu machen, wo von einer solchen Entscheidung die Nothwendigkeit eines Parteien-Eides abhängt. Hat daher die betreffende Partei sich bei einer vom Unterrichter abgegebenen Entscheidung jener Art beruhigt, so ist für den Oberrichter die Frage, ob das in Rede stehende Faktum erwiesen sei, keine offene mehr, und er muß folgeweise auch den davon abhängigen Eid bestehen lassen. Die Pflicht des Richters, selbst ex officio überflüssige Eide zu vermeiden, berechtigt nicht, alle rechtskräftig erledigten Punkte einer neuen Prüfung zu unterziehen, sondern hat nur die Bedeutung, daß ein Eid von Amtswegen beseitigt werden darf, dessen Ableistung oder Verweigerung an dem Resultat des Rechtsstreites nichts zu ändern vermag. Ein Fall dieser Art liegt aber hier nicht vor, indem der Mangel des Breitenmaßes der streitigen Bänder ein erheblicher ist und die Frage, ob dieser Mangel thatsächlich begründet sei, nach der formellen Lage der Sache noch nicht als entschieden angesehen werden kann, so lange der vom Stadtgericht auferlegte Eid nicht abgeleistet oder verweigert worden ist.

Die ganz allgemein gehaltene Eidesformel, welche das Stadtgericht aufgestellt hat, würde angemessener speziell im Anschluß an den Inhalt von Beilage M. der Beweisantretung abzufassen gewesen sein. Da indessen der Sinn des zu Beschwörenden durch die vorstehenden Entscheidungsgründe außer Zweifel gesetzt wird und die Kläger eine Verbesserung der Formel auch jetzt nicht angeregt, vielmehr erklärt haben, den Eid des Stadtgerichts unbedenklich ableisten zu können, so fehlte es an einem hinreichenden Grunde, um an der Eidesformel des Stadtgerichts etwas zu ändern.

II. — — —

370.

Heinrich Ludwig Sch., Kläger und Wiederbeklagter, gegen seine Ehefrau **Wilhelmine Sch.**, geb. **H.**, Beklagte und Wiederklägerin, Ehescheidung, jetzt provisorische Trennung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 30. März 1863.

In Erwägung, daß

I. es durch das summarische Beweisverfahren zwar festgestellt erscheint, daß die streitenden Eheleute, nachdem Beklagte am 13. October 1861 ihren Ehemann verlassen hatte, über ihre einstweilige Trennung sich geeinigt hatten und Kläger damit einverstanden war, mit wöchentlich fl. 4. — seine Frau zu alimentiren, eine solche Uebereinkunft aber nur ein faktisches Verhältniß und keine rechtliche Verbindlichkeit zwischen den Ehegatten begründet, weshalb es dem Kläger unbenommen bleibt, seine Frau zur Rückkehr in die eheliche Wohnung aufzufordern.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck in Sachen:
B. ca. B. vom 30. October 1856,
Vereins-Sammlung. Bd. II. pag. 464.

Daher:

II. zu untersuchen ist, ob Beklagte solche Handlungen des Klägers nachgewiesen habe, welche die Erkennung einer provisorischen Trennung rechtfertigen würden, in dieser Beziehung aber

1. die thätlichen Mißhandlungen, welche Kläger gegen seine Frau begangen haben soll, von keinem Zeugen bestätigt wurden, es

namentlich nicht erwiesen scheint, daß die geringen Verletzungen, welche Beklagte, als sie am 13. October 1861 die eheliche Wohnung verlassen hatte, den Doctoren Gundersheim und Physicus Mappes vorzeigte, [9, 10] act. ihr von ihrem Ehemann beigebracht wurden, während im Gegentheil die von ihr selbst vorgeschlagene Zeugin M. angibt, daß Beklagte den Streit mit ihrem Ehemanne begonnen, ihn auf das Gröblichste beleidigt und ihm die nach dem Attest des Zeugen Dr. Janson jedenfalls viel bedeutendere Verwundung zugefügt habe;

2. wenn auch im Uebrigen durch das summarische Beweisverfahren sich herausgestellt hat, daß die Sch.'schen Eheleute öfters uneinig waren und auch das Benehmen des Klägers gegen seine Frau für ein zum Oefteren höchst ungeeignetes erachtet werden muß, dies um so weniger einen Grund zu einer provisorischen Trennung der Ehe gewähren kann, da nach den Aussagen der Zeugin M., welche sich auf die am meisten für relevant zu erachtende Zeit, das letzte Jahr des ehelichen Zusammenlebens der Parteien, beziehen, anzunehmen ist, daß insbesondere Beklagte zu den ehelichen Differenzen Veranlassung gegeben habe, da ferner, was die ein liebloses Benehmen des Klägers gegen seine Frau bekundenden Aussagen der Zeugin U. betrifft, dieselben solche Verhältnisse zum Gegenstande haben, welche der Entfernung der Beklagten aus der ehelichen Wohnung drei Jahre vorausgegangen waren, ganz abgesehen davon, daß einestheils bei der persönlichen Glaubwürdigkeit dieser Zeugin noch in Betracht zu ziehen ist, daß sie selbst von dem Kläger bei dem damaligen Wochenbett der Beklagten zu früh entlassen worden sein will, anderen Theils diese Aussagen auch dadurch sehr abgeschwächt werden, daß die Zeugin selbst bemerkt, die Sch.'schen Eheleute hätten damals ein Dienstmädchen gehabt, welches mit der Pflege vertraut zu sein, angegeben habe;

III. Da nach dem unter II. Bemerkten, dem Antrage der Beklagten auf provisorische Trennung nicht Folge gegeben werden kann, dieselbe auch verpflichtet erscheint, zu ihrem Ehemann zurückzukehren und ihre in [6] act. eventuell erhobene Widerklage erst dann zur weiteren Verhandlung gelangen kann, wenn sie der Auflage zur Rückkehr nachgekommen sein wird;

aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

A. Der Antrag der Beklagten auf provisorische Trennung wird

verworfen und sie schuldig erkannt, die dem Kläger durch denselben veranlaßten Streitkosten zu ersetzen;

B. wird der Beklagten zur Befolgung des Mandats vom 3. September 1862 unter dem angesetzten Präjudize eine neue achttägige Frist anberaumt;

C. wird die dem Kläger im Abschnitt 3 der Verfügung vom 15. September 1862 vorberaumte Frist vorerst und, bis Beklagte der Auflage unter B nachgekommen sein wird, ausgesetzt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

Vom 10. Juni 1863.

Auf Appellation der Beklagten.

Die Beschwerde der Beklagten:

daß ihr Antrag auf provisorische Trennung verworfen und sie zur Rückkehr zu dem Kläger und in die Kosten verurtheilt worden ist;

stellt sich als begründet dar.

Wenn gleich dem Stadtgericht darin beigepflichtet werden muß, daß thätliche Mißhandlungen, welche Kläger gegen seine Ehefrau begangen haben soll, von keinem der vernommenen Zeugen bekundet worden sind, so besteht doch nach den Aussagen dieser Zeugen im Zusammenhalt mit den Schreiben des Klägers zwischen den streitenden Ehegatten ein nicht unerhebliches Zerwürfniß, welches auch von Seiten des Klägers keineswegs ein unverschuldetes ist.

Unter diesen Umständen, und da sich die streitenden Ehegatten in Folge einer zwischen ihnen abgeschlossenen Uebereinkunft bereits im October 1861 von einander getrennt und seit dieser Zeit nicht wieder mit einander vereinigt haben, dürfte es sich nicht rechtfertigen lassen, der Beklagten während des Scheidungsprozesses die Rückkehr zu dem Beklagten aufzugeben, vielmehr wird dem Antrag der Beklagten auf provisorische Trennung Folge zu geben sein.

Wird aber diesem Antrag entsprochen, so ist auch der Kläger zur Leistung von Alimenten an die Beklagte während der Dauer des Scheidungsprozesses verbunden. Da die Größe dieser Alimente nach den Vermögens- und Erwerbsverhältnissen des Klägers zu bestimmen ist, und das Einkommen desselben nach seinen eigenen Angaben fl. 600 bis fl. 700

beträgt, während ein größeres Einkommen des Klägers von Seiten der Beklagten nicht dargethan zu werden vermochte, so stellt sich ein Alimentenbetrag von fl. 4 wöchentlich, wozu sich auch der Kläger in der Uebereinkunft vom 9. November 1861 bereit erklärt hat, der von der Gestattung der provisorischen Trennung an zu berechnen und zu bezahlen ist, als ein angemessener dar.

Die Beklagte verlangt außerdem die seit dem 1. Juni 1862 rückständigen übereinkunftsmäßigen Alimente mit fl. 4 wöchentlich, es ist aber über dieses Verlangen, da dermalen lediglich über den Antrag auf provisorische Trennung und die Zuerkennung von Alimenten an die Beklagte während der Dauer des Scheidungsprozesses für die Zukunft zu treffen ist, zur Zeit nicht zu erkennen.

Aus diesen Gründen wird unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 30. März l. J. zu Recht erkannt:

1. Der Beklagten wird der Bezug einer abgesonderten Wohnung während der Dauer des Scheidungsprozesses gestattet;
2. Kläger hat der Beklagten während der Dauer des Scheidungsprozesses einen Alimentenbetrag von fl. 4 wöchentlich vom 10. Juni 1863 an zu bezahlen.
3. Die Entscheidung über die Kosten des durch den Antrag auf provisorische Trennung veranlaßten Zwischenverfahrens bleibt bis zum Endurtheil ausgesetzt.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt und hat Kläger der Beklagten den Protokoll- und Urtheilsstempel zur Hälfte zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 24. September 1864.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 10. Juni

1863 zwar soviel die Kosten voriger Instanz betrifft, zu bestätigen, im Uebrigen aber aufzuheben und das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 30. März 1863 wieder herzustellen sei.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden compensirt und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Kläger hat

1. seine erste Beschwerde darüber erhoben, daß der Beklagten der Bezug einer abgesonderten Wohnung gestattet worden, während dieselbe vielmehr, unter Aufrechthaltung des stadtgerichtlichen Urtheils zur sofortigen Rückkehr unter dem Präjudize, ansonst als bösliche Verlasserin erklärt zu werden, zu verurtheilen gewesen wäre. Er gründet diese Beschwerde

A. darauf, daß das Gesuch der Beklagten um Gestattung interimistischer Trennung schon nach der prozessualischen Sachlage keine Berücksichtigung hätte finden können. Der begründete und liquide Klagantrag, der Beklagten die Rückkehr zu ihrem Ehemanne unter dem obengedachten Präjudize aufzugeben, habe nur durch eine liquide Einrede elidirt werden können. Eine solche liege aber nicht vor; es sei mithin seinem Antrage sofort zu entsprechen gewesen, ohne daß das fragliche, nur ein Provisorium bezweckende Gesuch der Beklagten und die von derselben erhobene Widerklage auf das Resultat des über die **Klage** zu fällenden Urtheils einen Einfluß hätten üben dürfen.

Es kann jedoch dieser Auffassung der Sachlage und der daraus gezogenen Consequenz schon deshalb nicht beigetreten werden, weil das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 30. März 1863, dessen Wiederherstellung die Beschwerde bezweckt, nicht unter dem vom Kläger beantragten Präjudize, sondern nur bei Vermeidung einer Geldstrafe von fl. 10, der Beklagten, zu ihrem Ehemanne zurückzukehren, aufgibt, und dieser Auflage nicht der Character einer definitiven Verurtheilung, sondern nur der einer Provisional-Maßregel zukommt, die sich an die Verwerfung des Antrags der Beklagten auf Gestattung interimistischer Trennung anschließt, und zu welcher eine spezielle Veranlassung in dem

Petitum der auf jenen Antrag abgegebenen Erklärung des Klägers gefunden werden mochte:

Denn das Stadtgericht hat zwar mittelst Decis. B des fraglichen Erkenntnisses das Mandat vom 3. September 1862 wiederhergestellt, zugleich aber für den Fall der Befolgung desselben durch das Decis. sub C vergl. mit dem Decrete vom 15. September 1862 eine weitere Verhandlung nicht allein über die Wider-, sondern über die Vorklage in Aussicht gestellt, wodurch die Annahme, daß mittelst des Decis. sub B eine, die Klage definitiv erledigende Entscheidung habe ertheilt werden sollen, unvereinbar ist. Da nun Kläger bei dem gedachten Erkenntnisse sich beruhigt hat, kann es ihm so wenig gestattet sein, jetzt noch, statt der angedrohten Geldstrafe das von ihm bezeichnete in die Sache eingehende Präjudiz zu beantragen, als überhaupt von der stadtgerichtlichen Auffassung sich loszusagen und für die Verfügung sub B die Bedeutung einer definitiven Verurtheilung in Anspruch zu nehmen.

Sieht man indeß auch von diesen formellen Gründen ganz ab, so folgt die Zulässigkeit des von der Beklagten gestellten Antrags auf Gestattung provisorischer Trennung während des anhängigen Prozesses, wenn auch der Character der Vorklage als einer eigentlichen Ehescheidungsklage in Zweifel gezogen werden könnte — aus der von der Beklagten erhobenen, auf Trennung von Tisch und Bett, eventuell Scheidung der Ehe dem Bande nach, gerichteten Widerklage. Durch diese ist jedenfalls ein regelmäßiger Ehescheidungsprozeß anhängig gemacht und damit die Voraussetzung gegeben, unter welcher ein Gesuch um Gestattung provisorischer Trennung, dessen gehörige Begründung vorausgesetzt, Platz greift. So wenig die Widerklage selbst, zu welcher die Beklagte gerade durch die Klagmittheilung berechtigt wurde, unter den Gesichtspunkt einer unstatthaften Innovation fällt, so wenig kann man die Beklagte verhindert erachten, aus der erhobenen Widerklage alle ihr dienlichen, rechtlichen Consequenzen zu ziehen.

Hiernach fragt es sich nur

B. ob ein Rechtsgrund für die von der Beklagten beantragte provisorische Trennung genügend bescheinigt ist. In der Beantwortung dieser Frage kann aber nicht den vorigen Richtern, sondern muß dem Stadtgerichte, im Wesentlichen aus dessen Gründen, beigepflichtet

werden. Das Oberappellationsgericht hat zwar immer daran festgehalten, daß bei einer während eines Scheidungsprozesses zu gestattenden provisorischen Trennung — namentlich in Frankfurt — nicht die Bedingungen des Canonischen Rechts erfordert werden, sondern jene Trennung auch aus anderen Gründen, nach richterlichem Ermessen, gestattet werden könne. Bei diesem Ermessen ist jedoch — wie ebenfalls wiederholt anerkannt worden — davon auszugehen, daß das eheherrliche Recht auf Aufrechthaltung, beziehungsweise Wiederherstellung der persönlichen factischen Gemeinschaft ein durchaus vorwiegendes ist, und von der Ehefrau auch während eines von ihr anhängig gemachten Ehescheidungprozesses, nur aus den gewichtigsten Gründen beseitigt werden darf, wobei allerdings bloße Bescheinigung statt vollkommenen Beweises für ausreichend zu erachten ist. Derartige Gründe aber können hier als vorliegend beziehungsweise genügend bescheinigt nicht angesehen werden. Was

1. den Vorfall vom 13. October 1861 betrifft, so spricht das Ergebniß der summarischen Zeugenvernehmung, in Verbindung mit den zu den Acten gekommenen Documenten, mehr dafür, daß damals Kläger der angegriffene und verletzte Theil gewesen, als daß die Beklagte durch Sävitien des Mannes mißhandelt worden ist. — —

Das bloße objective Bestehen eines ehelichen Mißverhältnisses aber, welches allerdings aus der Gesammtheit der Zeugenaussagen zur Genüge sich ergibt, kann zwar möglicherweise schließlich zu einer gerichtlichen Trennung von Tisch und Bett, als Aussöhnungsmittel, führen, den Richter aber nicht ermächtigen, mittelst einer Provisionalverfügung die Frau zu einer factischen Separation während des Prozesses zu autorisiren und den widersprechenden Mann mit den Kosten einer Alimentirung derselben in abgesonderter Wohnung zu belasten.

2. Auf die Briefe in Stadtger.=Acten [11] [12] kann ein großes und selbstständiges Gewicht nicht gelegt werden. Sie beweisen allerdings eine sehr gereizte Stimmung des Klägers gegen seine Ehefrau und eine rohe und schonungslose Art, dieselbe kund zu geben. Allein, so großen Tadel die letztere verdient, so läßt sich doch ein Grund, den Kläger seines ehelichen Rechtes auf gemeinschaftliches Leben auch nur zeitweise zu berauben, umsoweniger daraus entnehmen, als nach den Ausführungen sub. 1 zur Zeit überwiegende

Gründe für die Annahme sprechen, daß zunächst durch die Schuld der Frau die zeitweise Trennung veranlaßt worden und sich erwarten läßt, daß mit deren Beseitigung und dadurch wegfallenden Pflicht der Frau monatlich eine baare Summe zu ihrer Alimentation zu verabreichen, auch der Anlaß zu ähnlichen Ungebührlichkeiten des Klägers hinwegfallen wird.

3. Auch das wegen Separatlebens der Beklagten seiner Zeit getroffene Uebereinkommen hat für deren Antrag auf gerichtliche Gestattung eines solchen keine Bedeutung. Zwar kann darüber kein Zweifel obwalten, daß es sich — obgleich in der errichteten Urkunde nur von einer Seitens der Beklagten zu ihrer Erholung auf kurze Zeit zu beziehenden Gartenwohnung die Rede ist — damals um die Regulirung einer factischen Trennung der Ehegatten gehandelt hat. — Allein das Uebereinkommen hat, als solches, nachdem Kläger seine Einwilligung widerrufen und die Rückkehr der Beklagten verlangt hat, so wenig irgend einen juristischen Werth, als das bloße Faktum, daß eine Zeit lang die Ehefrau mit Consens des Mannes getrennt von diesem gelebt hat, einen Schluß auf das Vorliegen solcher Gründe zuläßt, welche den Richter zur Gestattung einer derartigen Trennung wider den Willen des Ehemannes berechtigen könnten.

5. Was endlich die Haltung des Klägers im gegenwärtigen Prozesse betrifft, worauf die Beklagte ebenfalls Gewicht gelegt hat, so ist zwar richtig, daß er sowohl in der Klage, als in seiner Vernehmlassung auf den Provisionalantrag der Beklagten eine definitive Ehescheidung in's Auge gefaßt und zu erkennen gegeben hat, daß, wenn die Frau der richterlichen Auflage zur Rückkehr nicht freiwillig Folge leisten sollte, er nicht beabsichtige, einen directen Zwang durch Strafgebote eintreten zu lassen, es vielmehr dann vorziehen werde, ganz von ihr dem Bande nach geschieden zu sein. Allein daraus läßt sich in keiner Weise folgern, daß für den entgegengesetzten Fall der Rückkehr der Frau die Absicht des Klägers nicht auf eine wahre eheliche Gemeinschaft und Erfüllung der in dieser ihm obliegenden Pflichten gerichtet wäre.

II. Die zweite Beschwerde ist gegen das, den Kläger zur Bezahlung von Alimenten verurtheilende Decis. 2 des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses gerichtet und stellt sich nach dem ad I Be-

merkten, ohne Weiteres als begründet dar. Muß die Beklagte einstweilen zurückkehren, so entscheidet sich damit die Alimentationsfrage von selbst und es kann die besondere Verurtheilung des Mannes zur Zahlung eines gewissen monatlichen Alimentenbetrags keinen Bestand haben.

III. Die dritte über Versagung des Suspensiveffects der Appellation erhobene Beschwerde bedarf, da sie durch das dermalen in der Sache selbst erlassene Erkenntniß ihre Erledigung findet, keiner besonderen Beurtheilung.

IV. Die vierte den Kostenpunkt betreffende Beschwerde erscheint, soviel die Kosten erster Instanz betrifft, begründet, da mit der Verwerfung des Antrags der Beklagten auf provisorische Trennung auch die Verurtheilung derselben zum Ersatze der dem Kläger durch diesen Antrag entstandenen Kosten wiederhergestellt werden muß. Anlangend dagegen die Kosten voriger Instanz, so konnte dem Antrage auf Verurtheilung der Beklagten in dieselben nicht entsprochen werden, es mußte vielmehr, mit Rücksicht auf den Wechsel der Erkenntnisse bei der verfügten Compensation resp. Theilung derselben sein Verbleiben haben, und waren auch die Kosten dieser Instanz zu vergleichen.

371.

Johann Georg Hayn und **Johann Martin Kulle,** Kläger gegen die **Geschworenen des Metzgerhandwerks,** Beklagte, Anlage eines Grabens auf der Pfingstweide betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 29. September 1864.

I. Die Kläger verlangen mit dem interdictum ne quid in loco publico fiat, daß den Beklagten die von denselben zugestandener-Maßen beabsichtigte Anlage eines Grabens auf der Pfingstweide an dem Fahrwege längs der Häuser der Kläger verboten werde, und ist die Richtung, welche der Graben nehmen sollte, unter den Parteien nicht weiter bestritten, nachdem Beklagter dieselbe durch den in Anl. C. ad [6] act. des Stadtgerichts überreichten Riß, auf welchem der Graben mit a — b bezeichnet worden, nachgewiesen, und die Kläger eingeräumt haben, daß der Graben, wenn auch nicht parallel mit der Linie ihrer Häuser, doch längs dieser Linie neben dem Fahrwege gezogen worden und die Richtung, welche der Riß mit a — b bezeichnet genommen habe. Auch haben die Kläger der Darstellung der Beklagten, daß die nach den Besitzungen der Kläger führenden Fußpfade durch den Graben nicht abgeschnitten worden, nicht widersprochen.

Wenn Kläger in ihrer Klage weiter noch anführen, daß seit unvordenklicher Zeit längs ihrer Häuser ein Weg (oder Pfad) vorhanden sei, den sie zum Eingehen in ihre Häuser und zum Anfahren an dieselben benutzten, so ergibt sich aus dem Obigen zugleich, daß die von den Beklagten intendirte Anlage eines Grabens diesen Weg gar nicht berührt.

Die Kläger haben aber nicht, wie der vorige Richter es auffaßte einen unvordenklichen Zustand der Beschränkung des den Beklagten

an der Pfingstweide zustehenden Rechts in der Weise behauptet, daß der längs ihrer Häuser bestehende Weg in die Fahrstraße ausmünde, sondern nur, daß ein Weg vor ihren Häusern seit unvordenklichen Zeiten vorhanden sei, und daß Jedermann seit unvordenklichen Zeiten über die Pfingstweide an sein Haus und seinen Garten gehe und fahre.

Wenn nun der Weg vor den Häusern der Kläger im gegenwärtigen Prozesse außer Frage bleibt, so ergibt sich weiter, daß, da Kläger die Berechtigung, über die Pfingstweide zu gehen und zu fahren, lediglich aus dem Character der Pfingstweide als locus publicus herleiten, es nicht darauf ankommen kann, ob der usus publicus seit unvordenklichen Zeiten stattgefunden hat oder nicht, sondern lediglich darauf, ob die Pfingstweide ein locus publicus ist.

Die Begründung der Klage ist hiernach dahin zusammenzufassen:

a. Die Pfingstweide ist ein locus publicus, über den zu gehen und zu fahren Jedermann freisteht, und

b. die von den Beklagten beabsichtigte Grabenanlage verletzt ein Interesse der Kläger, indem sie die Benutzung des locus publicus erschwert.

II. Diese von den Klägern behauptete Thatsachen genügen zur Begründung des angestellten interdictum ne quid in loco publico fiat, dessen praktische Anwendbarkeit mit Grund nicht zu bezweifeln und vom Ober-Appellationsgerichte in einer Reihe von Fällen anerkannt worden ist.

Da nun Beklagte die beabsichtigte Anlage eines Grabens neben der fraglichen über die Pfingstweide führenden Chaussee zugestanden haben, und es nicht zu bestreiten ist, daß diese Grabenanlage, auch wenn dadurch die nach den Besitzungen der Kläger führenden Fußpfade nicht abgeschnitten worden, den Zugang zur Chaussee und somit die Benutzung der Pfingstweide beschränken würde, eine Vorrichtung auf einem locus publicus aber, welche auch nur diesen Erfolg hat, ein damnum in dem Sinne herbeiführt, wie solches beim interdictum ne quid in loco publico fiat zur Frage kommt;

vergl. l. 2. § 11, 12. D. ne quid in loco publico. (43, 8.)

so hängt die Entscheidung der Sache allein noch von der Frage ab, ob die fraglichen Flächen der Pfingstweide ein locus publicus sind und das

Rechtsverhältniß, in welchem die Beklagten zu diesem Areal stehen, hat nur insofern Bedeutung, als dasselbe dahin führen kann, die Behauptung der Kläger, die Pfingstweide sei ein locus publicus, in dem Maße zu widerlegen, daß den Klägern nicht einmal der Beweis dieser Behauptung freizulassen, sondern die Klage abzuweisen sein würde.

Daß die Entscheidung der Frage aber, ob ein Grundstück locus publicus sei, in einem Prozesse der vorliegenden Art ohne Mitwirkung eines Staats- oder Gemeinde-Vertreters zulässig sei, ist nach jetzigem Prozeßrechte und in Beihalt der

l. 1. C. de ordine judiciorum (3. 8)

nicht zu bezweifeln, wenn auch die Folgen einer solchen Entscheidung möglicherweise sehr beschränkt sind.

Auch die vorigen Richter sind auf diese Entscheidung eingegangen, aber zur Abweisung der Klage gelangt.

III. Gegen diese Abweisung der Klage haben die Kläger, welche in gegenwärtiger Instanz die früheren Beschwerden einfach wiederholen, ihre erste Beschwerde in voriger Instanz gerichtet. Aber es erscheint nach dem, was die Partcien über Rechtsverhältnisse hinsichtlich des fraglichen Theils der Pfingstweide zu den Akten gebracht haben, diese Beschwerde unbegründet.

1. Unbestritten ist, daß die Beklagten das Recht haben, die Pfingstweide zur Weide für die Hämmel der Metzger zu benutzen und daß dieses Recht von ihnen erworben ist durch den sog. Vergleich vom 20. April (24. Juli) 1809, in welchem die Stadtcommune Frankfurt dem Metzger-Handwerk mehrere Districte und Plätze, zu denen die Pfingstweide gehört, einräumt. Die Beklagten behaupten zunächst durch diesen Vertrag Eigenthum an der Pfingstweide erworben zu haben, und gründen darauf ihre Befugniß Gräben auf dem ihnen gehörigen Terrain zu ziehen.

Die in Betracht kommenden Worte des Vergleichs von 1809 sind der Auffassung der Beklagten günstig. Die Stadtcommune hatte bei diesem Vertrage ein Doppeltes vor Augen:

a. die Metzger für das Aufgeben der ihnen zustehenden Weide auf den Brachfeldern der Ackerbegüterten durch Abtretung von Grundstücken zu entschädigen; und

b. im Interesse der städtischen Bevölkerung zu bewirken, daß die

Metzger, wie sie es bisher durch die Hammelweide auf den Brachfeldern gewesen waren, im Stande blieben, gesundes und wohlfeiles Hammelfleisch zu liefern.

Dieser letztere ausdrücklich ausgesprochene Zweck ließ sich am besten dadurch sichern, daß die Metzger namentlich die Verpflichtung übernahmen, die abgetretenen Grundstücke ausschließlich als Weide zu benutzen. Mithin durfte die Abtretung der Grundstücke an die Metzger nicht unbeschränkt, sondern sie durfte nur mit den Beschränkungen geschehen, welche der Absicht des ganzen Vertrages entsprachen. Diesem gemäß heißt es in dem Vertrage, die Einräumung der verschiedenen städtischen Grundstücke an die Metzger geschehe unter der Bedingung, daß dieses Gelände diejenige Trieb- und Weidebestimmung, wozu dasselbe abgetreten werde, unabänderlich behalte, nie veräußert noch zu einem anderen Gebrauch verwendet werden solle." Es ist hier offenbar nicht von einer Bedingung im eigentlichen Sinne die Rede, von der die Erwerbung der Grundstücke abhängig gemacht worden, sondern von einer Verpflichtung, welche die Acquirenten übernahmen, nämlich: die Grundstücke nur zur Hammelweide zu benutzen und dieselben nicht zu veräußern. Der Bürgerausschuß genehmigte den abgeschlossenen Vertrag mit dem Bemerken, es wäre die Uebereinkunft ohne künftige Abtretung mehrerer dem gemeinen Wesen zuständiger ansehnlicher Grundstücke wohl nicht zu Stande gekommen, und knüpft seine Genehmigung an die Voraussetzung, daß den Hammelsmetzgern eben so wenig eine Verpfändung als eine Veräußerung der ihnen zu ihrer Entschädigung und zum alleinigen Behufe der Hammelweide anzuweisenden Grundstücke werde zugestanden werden, welche letztere Voraussetzung in den Vertrag aufgenommen und weiter sachgemäß dahin declarirt werden, daß den Metzgern die Veräußerung zwar nicht gänzlich untersagt, aber innerhalb der Zwecke des ganzen Vertrags nur in dem Falle gestattet worden, wenn dagegen anderes Gelände auf der Frankfurter Gemarkung als Weideland erworben wird. Von dieser so beschränkten Befugniß zu veräußern, haben die Metzger schon im Jahre 1810 Gebrauch gemacht.

Die Worte des Vertrags sowohl als die Erklärung des Bürgerausschusses lassen sich kaum anders auffassen, als daß eine wirkliche Veräußerung von Grundstücken intendirt worden, wobei die Erwerber

der Stadtcommune gegenüber die Verpflichtung übernommen haben, die abgetretenen Grundstücke nicht ohne Zustimmung der Stadt Frankfurt zu veräußern und dieselben nur als Weideland zu benutzen. Es ist freilich das Recht, welches die Metzger erworben haben, nicht mit den Bekl. als Eigenthum sub modo zu bezeichnen, vielmehr haben sie die fraglichen Grundstücke zu Eigenthum erworben mit der obligatorischen Verpflichtung, einen bestimmten Gebrauch von denselben zu machen, und dieselben nur unter gewissen Voraussetzungen zu veräußern. Daß dies die Meinung gewesen, wird auch dadurch bestätigt, daß die Stadtcommune sich in dem Vertrage die jederzeitige spezielle Oberaufsicht ausdrücklich vorbehält, und dadurch in die Lage bringt, darüber wachen zu können, daß die Metzger den contractlich übernommenen Verpflichtungen nachkommen.

2. Ständen die fraglichen Flächen der Pfingstweide im Eigenthum der Beklagten, so wäre damit die Eigenschaft derselben als locus publicus ausgeschlossen.

Aber es wird das Resultat, zu dem man durch die Auslegung des Vertrages von 1809 gelangt, einigermaßen zweifelhaft durch das Gesetz vom 18. März 1856, betreffend die Hutablösung, welches, wie wohl das Metzgerhandwerk noch in einem Vortrage an den Senat vom 9. Oktober 1852 das Eigenthum an den durch den Vertrag von 1809 ihm überwiesenen Grundstücken in Anspruch genommen hatte, geradezu die fraglichen Grundstücke als im städtischen Eigenthum befindlich bezeichnet und das Recht der Metzger an denselben eine Weideberechtigung nennt, wobei noch hervorzuheben ist, daß bei den Verhandlungen die dem Gesetze vom 18. März 1856 voraufgingen, gerade der Senat ausdrücklich das Eigenthum dieser Grundstücke für die Stadtgemeinde in Anspruch nahm, während die städtische Bürgerrepräsentation sich zweifelhaft aussprach. Die Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren in den Jahren 1854 und 1855 nebst dem Gesetze vom 18. März 1856, so wenig sie ein wirklich begründetes Eigenthumsrecht der Beklagten aufheben konnten, machen doch das Bestehen desselben in dem Grade zweifelhaft, daß man es nicht als sichere und unwiderlegliche Thatsache zu Grunde legen kann.

3. Gewiß ist dagegen und auch von den Klägern zugegeben, daß den Beklagten durch den Vertrag von 1809 ein jetzt noch beste-

hendes Weiderecht auf der Pfingstweide eingeräumt worden und haben die Beklagten ihre Befugniß, einen Graben auf der Pfingstweide anzulegen, eventuell darauf gestützt, daß ihnen eine Weidegerechtigkeit an derselben zustehe, die als usus fructus oder usus anzusehen sei.

Allerdings schließt nicht jede Weideberechtigung, welche einer Corporation oder einzelnen Personen an einem Grundstück eingeräumt worden, die Möglichkeit aus, daß dieses Grundstück noch ein locus publicus sei. Denn die Rechtsverhältnisse hinsichtlich des letzteren können sehr wohl so geordnet sein, daß unbeschadet des publicus usus bestimmten Personen ein Vorzug, sei es durch Gestattung einer gewissen Anlage oder einer gewissen Benutzungsart eingeräumt worden, mögen nun solche Vorzugsrechte als wirkliche Servituten (wie bei den res universitatis, quae publico usui destinatae sunt) oder als servitutähnliche Rechte anzusehen sein.

Vergl. l. 1. § 38 — 42. D. de aqua quot. (43. 20.)
l. 5. 6. 11 C. de aquaeductu (11. 42.)
l. 2. § 16 D. de ne quid in loco publ. (43. 8)

Es könnte also das den Beklagten zustehende Weiderecht als ein solches Vorzugsrecht bei der Benutzung eines locus publicus aufgefaßt werden mit dessen Ausübung die gleichzeitige Benutzung des Weideplatzes als locus publicus (durch Betreten und Befahren desselben in ziemlich ausgedehntem Maße) nicht unverträglich wäre. Ob dies statthaft ist, hängt aber von den concreten Umständen des einzelnen Falles ab, und kommt daher Alles auf die Beantwortung der Frage an, ob das den Beklagten durch den Vertrag von 1809 eingeräumte Weiderecht einen den gleichzeitigen Gebrauch des Weideplatzes durch das Publicum *ausschließenden Inhalt* habe.

Diese Frage muß bejaht werden.

Schon der Inhalt des Vertrages von 1809 führt zu dieser Auffassung hin. Die Beklagten gaben ein werthvolles Recht, das Recht auf Behütung der umfangreichen Brache auf, für dessen Ablösung die Ackerbegüterten fl. 26,000 zahlten. Sie wurden statt dessen auf *bestimmte Weideplätze* angewiesen und muß vorausgesetzt werden, daß diese Weideplätze als solche nutzbar waren. Diese Nutzbarkeit würde aber bei einem der größten unter den abgetretenen Weideplätzen, der Pfingstweide, deren Areal die Kläger auf 53 Morgen

angeben, wesentlich beschränkt sein, wenn dieselbe nicht ausschließlich als Weideland dienen, sondern daneben noch ein zum Gehen, Reiten und Fahren bestimmter locus publicus hätte sein oder bleiben sollen. Es ist daher mit Grund anzunehmen, daß man, wenn letzteres wirklich beabsichtigt wäre, in dem Vertrage einen ausdrücklichen Vorbehalt hinsichtlich der Pfingstweide gemacht, und sich nicht mit der allgemeinen für alle Grundstücke beigefügten Clausel „mit Nutzen und Lasten" begnügt hätte, zumal da der Ausdruck „Lasten" einem Verhältnisse dieser Art nicht entspricht. Und gleich vorbehaltlos wurde sodann in Gemäßheit des Vertrages die Pfingstweide den Metzgern zum Beweiden durch Verfügung des Landamts vom 15. Juni 1809 überwiesen.

Es kommt aber hinzu, daß nachgewiesener Maßen dem Metzgerhandwerk im März 1810 vom Landamte gestattet worden, drei Placate des Inhalts zu errichten, daß das Fahren und Reiten über die Pfingstweide bei 2 Thlr. Strafe verboten werde, wobei das Landamt selbst anerkannte, daß das bisher vorgekommene Reiten ein Frevel sei, welches wegen Vertreten des Grases dem Metzgerhandwerk bedeutenden Schaden zugefügt habe, und ferner, daß laut der notariellen Besichtigung vom 19. Februar 1859 sich noch jetzt am Ausgange der Pfingstweide ein Placat des Polizeiamts (Feldsection) vorfand, wonach „alle Fußpfade und Wege über diesen Weideplatz für Fuhrwerke, Reiter und Fußgänger bei fl. 3 Strafe verboten sind."

Beide Behauptungen sind auch von den Klägern nicht in Abrede gestellt, und wenn auch nicht nachgewiesen worden, daß im Jahre 1810 die gestatteten Placate wirklich errichtet wurden, so beweist doch die Verfügung des Landamts, daß von Anfange an bei der die Aufsicht führenden Behörde gar kein Zweifel darüber bestand, die Pfingstweide sei dem Metzgerhandwerk mit Ausschließung jedes in Fahren und Reiten bestehenden gemeinen Gebrauchs überwiesen worden, und das jetzige Placat zeigt, daß die competente Behörde auch in neuester Zeit dies ausschließliche Weiderecht anerkannt und geschützt hat.

Unterstützt wird diese Auffassung auch durch das vom Major Deetz im März 1850 auf Reclamation des Metzgerhandwerks sofort erlassene Verbot des Exercierens der Truppen auf der Pfingstweide unter eventueller Zusicherung von Schadensersatz.

Endlich aber ist insbesondere noch der Umstand von Bedeutung,

daß bei den Verhandlungen der gesetzgebenden Versammlung, welche dem Hutablösungsgesetze von 1856 voraufgingen, ohne Widerspruch von einer Seite ausdrücklich anerkannt worden, daß die dem Metzgerhandwerk im Vertrage von 1809 eingeräumten Grundstücke, so lange dies Verhältniß fortbestehe, der Benutzung des Eigenthümers (d. h. der Staatsgemeinde) gänzlich entzogen seien; welchem gemäß von der Anwendung des Gesetzes über die Weideberechtigung der Metzger völlig abgesehen wurde.

Alles dieses erwogen, muß als erwiesen angenommen werden, daß den Beklagten Grundstücke, welche die Bestimmung haben, als Weideland zu dienen, zur ausschließlichen Benutzung eingeräumt worden, so daß der Umfang und der Inhalt ihres Rechts über eine gewöhnliche Weideservitut oder eine servitutähnliche Berechtigung, welche noch die gleichzeitige Benutzung der Grundstücke durch andere Personen zuließe, hinausgeht. Man könnte geneigt sein, das Recht der Beklagten als sogenanntes nutzbares Eigenthum an Weideland zu bezeichnen, so daß der Stadtcommune lediglich das Obereigenthum verblieben wäre, und eine Hinweisung auf das letztere in der nur beschränkt zugestandenen Befugniß zu veräußern und in den Worten des Vertrags finden, in welchem sich die Stadtcommune die Oberaufsicht allenthalben vorbehält.

4. Mag man nun daß Recht der Beklagten auffassen als Eigenthum mit bestimmten obligatorischen Beschränkungen des Eigenthümers oder als sogenanntes nutzbares Eigenthum an Weideland oder als Weideberechtigung auf Grundstücken, welche lediglich als Weide nutzbar sein sollen, so folgt aus dem Dargelegten, daß die Berechtigung der Beklagten eine so weit gehende ist, daß neben derselben die Benutzung der Pfingstweide als locus publicus nicht mehr statthaft erscheint.

Was Kläger dem gegenüber vorgebracht haben, ist, auch wenn es erwiesen wäre, nicht geeignet, das obige Resultat zweifelhaft zu machen. War die Pfingstweide im Jahre 1809 den Beklagten so eingeräumt, daß ihre Benutzung als locus publicus, mochte sie vorher stattgefunden haben oder nicht, ausgeschlossen sein sollte, so genügt die Thatsache, daß auch nach 1809 das Waisenknabenfest daselbst stattfand, daß einzelne aus dem Publikum, wenige oder viele, die fragliche Fläche betraten, befuhren, zum Spielplatz benutzten, und daß Polizeidiener

oder Feldschützen es unterließen, dies zu verhindern, für sich allein offenbar nicht, die Pfingstweide zum locus publicus zu machen. Aus solchen Handlungen des Publikums, von denen es völlig zweifelhaft bleibt, ob sie mit dem animus, ein Recht auszuüben, oder nur in der stillschweigenden Voraussetzung einer Vergünstigung des Metzgerhandwerks oder als vorübergehend versuchte Uebertretungen des polizeilichen Verbots vorgenommen wurden, kann nicht einmal ein Besitzstand abgeleitet werden. Daß auf der Pfingstweide 1813 und 1814 Militärlazarethe und ein Begräbnißplatz für Soldaten angelegt worden, erklärt sich, wie die Kläger selbst nicht verkennen, aus einem außerordentlichen Nothstande der Kriegszeit, da diese Anlagen auch mit dem beschränktesten Weidenrechte der Beklagten nicht vereinbar gewesen wären. Die Truppenübungen in den Jahren 1848 bis 1850 verlieren gegenüber dem Verhalten des Major Deetz alles Präjudicirliche. Die bauamtliche Behandlung der an die Pfingstweide stoßenden Häuser erklärt sich daraus, daß längs dieser Häuser bisher von den Beklagten nicht beanstandete Fußwege sich befinden, und konnte dieser Umstand sowohl zur Nummerirung der Häuser nach dieser Seite hin, als zu der Art ihrer Aufführung in dem Adreßbuche, welches übrigens nur als eine Privatarbeit erscheint, Anlaß geben. Endlich kann auf die lediglich von der Willkühr der Eigenthümer abhängige Wahl der Fronten und Haupteingänge der Häuser an der Pfingstweide überall kein Gewicht gelegt werden.

5. Wenn sich hiernach ergeben hat, daß die Ueberweisung der Pfingstweide an die Beklagten im Jahre 1809 als eine die Benutzung derselben als locus publicus ausschließende anzusehen ist, und daß die Verhältnisse derselben in dem genannten Jahre ihre bestimmte Normirung gefunden haben, so bedarf es eines Zurückgehens auf den Zustand vor 1809 nicht, und folgt zugleich, daß die Kläger mit ihrer Klage, welche sich darauf gründet, daß die Pfingstweide ein locus publicus sei, abzuweisen sind.

IV. Aus der Verwerfung der ersten Beschwerde der Kläger folgt von selbst die Verwerfung ihrer zweiten Beschwerde, welche darauf gerichtet ist, daß der inhibitorische Bescheid vom 18. Februar 1859 wieder eingezogen werden solle.

V. Anlangend die **dritte Beschwerde** der Kläger:

daß sie zur Erstattung der Kosten und sonstigen Schäden, deren Nachweis vorbehältlich, schuldig erkannt worden,

so leidet es allerdings nach den Entscheidungsgründen zum stadtgerichtlichen Erkenntnisse vom 28. November 1859 sub Nr. 6 keinen Zweifel, daß hierin nicht bloß die Prozeßkosten und die Schäden, welche durch die Erhebung des Rechtsstreites, also auch durch das Inhibitorium vom 18. Februar 1859 entstanden sind, begriffen sein sollen, sondern namentlich auch der Schaden, welcher durch die Zuwerfung des von den Beklagten gezogenen Grabens den letzteren entstanden sein könnte, und, insofern die Kläger in die Erstattung dieses letzteren Schadens verurtheilt werden, könnte ihre Beschwerde als begründet erscheinen, da die Beklagten eine Widerklage wegen des angeblich eigenmächtigen Zuwerfens des Grabens nicht erhoben haben. Denn wenn sie auch am Schlusse ihrer Exceptionalien gebeten haben, die Kläger in alle Kosten und **Schäden** zu verurtheilen, so ergibt doch das beigefügte Citat aus der Prozeßordnung (Ges.-Samml. Bd. 2. S. 145 u. 150), daß damit nur die aus dem Inhibitorium entstehenden Nachtheile gemeint waren. Indessen hat dieser dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse gegenüber begründete Theil der dritten klägerischen Beschwerde bereits in der zweiten Instanz ihre Erledigung dadurch gefunden, daß die Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts vom 2. August 1861 den fraglichen Passus der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe dahin erläutern, daß das Erkenntniß erster Instanz den Beklagten den Ersatz ihrer etwaigen Schäden blos **vorbehalten** habe, und daß den Klägern dadurch keineswegs zum voraus präjudicirt sei. Da die Beklagten sich hierbei beruhigt haben, so hatten auch Kläger keinen Grund, die bezügliche Beschwerde in jetziger Instanz noch einmal zu wiederholen.

VI. Da die sämmtlichen Beschwerden der Kläger unbegründet befunden wurden, so mußte das angefochtene Erkenntniß des Appellationsgerichts lediglich bestätigt werden, und waren die Kläger auch in die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu verurtheilen.

372.

S. J. Jacobs in Arnheim, Kläger, gegen **B. F. Marth,** Beklagten, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I
vom 19. August 1863.

1. Zur Leistung einer Sicherheit für die Streitkosten ist Kläger nach Lage der Sache nicht verbunden, da Beklagter durch den Besitz der streitigen Waaren, eventuell durch den dem Werth derselben gleichkommenden Mehrbetrag seiner Schuld an den Kläger hinlänglich gedeckt erscheint.

2. Die Forderung Klägers aus den beiden Fakturen vom 6. März und 6. Juni 1862 [3] [4] act. im Gesammtbetrag von fl. 849. 24 kr. ist unbestritten, der Anspruch desselben auf 5% Verzugszinsen seit den resp. Verfalltagen im Hinblick auf die gesetzliche Vorschrift in

l. 13, § 20. Dig. de a. E. V. (19, 1)

begründet, ohne daß hieran die aus freien Stücken vom Beklagten vorgenommene Hinterlegung des Betrages von fl. 96. 35 kr. Etwas zu ändern vermöchte, da Beklagter nicht behaupten konnte, die Zahlung dieses Betrages vorgängig dessen Deposition dem Kläger angeboten zu haben.

Bezüglich der Fälligkeit des einen und anderen Fakturabetrages besteht jedoch Streit unter den Parteien, da Kläger ein dreimonatliches, Beklagter dagegen ein sechsmonatliches Zahlungsziel als vereinbart behauptet.

Dieser Streit wird, soviel die Faktura vom 6. März betrifft, sofort durch das Schreiben Klägers vom 22. August 1862 [11] zu Gunsten des Beklagten entschieden, da hierin die Erklärung Klägers enthalten ist, daß er gewöhnlich und so auch bei der Factura

von fl. 522. 54 kr., d. i. diejenige vom 6. März [3] Beklagtem 6 Monate Zahlungsfrist bewilligt habe.

Da indessen hieraus auf eine gleiche Bewilligung bezüglich der Factura vom 6. Juni [4] mit Sicherheit noch nicht geschlossen werden kann, so ist insoweit auf Beweis zu erkennen.

3. Beklagter macht eine Gegenforderung geltend, zu deren Begründung er anführt:

laut der am 28. Dezember 1860 mit dem Kläger getroffenen Uebereinkunft habe er sich dazu verstanden, die ihm inhaltlich der Facturen vom 12. Oktober 1860 und 9. Januar 1861 [7] [9] gelieferten Waaren zu behalten und zu bezahlen, gegen Gewährung eines Nachlasses von 15% auf den Betrag der ersteren Factura und Uebernahme der Verbindlichkeit Klägers, von den fraglichen Waaren die nach Ablauf eines Jahres noch unverkauften Stücke, um den kostenden Preis zurückzunehmen;

nach Ablauf eines Jahres sei der größere Theil jener Waaren noch unverkauft gewesen;

der Werth derselben beziffere sich ausweislich der in Soll der Anlage J. [14] spezificirten Berechnung auf fl. 752. 49 kr. Kläger sei gegen Ersatz dieses Betrages zur Rücknahme der fraglichen Waaren verpflichtet, weigere jedoch ohne Grund die Erfüllung dieser Verbindlichkeit.

4. Wenn Beklagter dieser Gegenforderung wegen ein Retentionsrecht an dem Betrag der klägerischen Forderung ausüben zu können meint, so ist dies grundlos, da die hierfür erforderliche Connexität der behaupteten Gegenforderung mit dem erhobenen Klaganspruch fehlt.

Dagegen ist die Compensabilität jener Gegenforderung nach Lage der Sache anzuerkennen. Denn wenn auch Forderung und Gegenforderung streng genommen nicht ex eodem negotio herrühren, vielmehr die der einen und anderen zu Grunde liegenden Waarenankäufe und Verkäufe als selbstständige, von einander unabhängige Rechtsgeschäfte zu betrachten sind, so entbehrt doch die Gegenforderung Beklagtens in der Hauptsache nicht der erforderlichen Liquidität und da, im Fall der erklärten Unstatthaftigkeit der erhobenen Compensationseinrede, Beklagter seines für diesen Fall widerklagend geltend gemachten Gegenanspruches wegen dem ausländischen Kläger gegenüber jedenfalls in

anderer Weise, mittelst geeigneter dem Kläger zu machender Cautionsauflage sicher zu stellen wäre, so erscheint es nur um so mehr angemessen, der vorgeschützten Compensationseinrede statt zu geben.

Mit Zulassung der Compensationseinrede kommt die nur eventuell angebrachte Widerklage als gegenstandlos, von selber in Wegfall.

5. Die Uebereinkunft vom 28. Dezember 1860 erscheint durch den Inhalt der Urkunde vom gleichen Datum [10] außer Zweifel gestellt. Hiernach war Beklagter, zufolge des abgeschlossenen pactum de retroemendo berechtigt, nach Ablauf eines Jahres die Rücknahme des alsdann unverkauften Theiles der fraglichen, von ihm angenommenen Waaren und die Rückerstattung des dafür gezahlten Preises vom Kläger zu verlangen.

Von diesem Recht hat Beklagter Gebrauch gemacht, indem er mittelst seines Briefes vom 24. Januar 1862 [19] die Rücksendung der betreffenden Waaren ankündigte und desfallsige Weisung vom Kläger begehrte.

Zwar wendet Letzterer ein, die mit dem angezogenen Schreiben erfolgte Dispositionsstellung sei eine verspätete und ordnungswidrige, da Beklagter sofort nach dem 28. Dezember 1861 und unter spezieller Bezeichnung der einzelnen, zu retournirenden Gegenstände deren Rücknahme hätte begehren müssen.

Allein dies ist ohne Grund. Denn um eine Dispositionsstellung im eigentlichen Sinne handelte es sich gegebenen Falles gar nicht, vielmehr um die Ausübung des vertragsmäßigen Rechtes Beklagtens auf Rückkauf der fraglichen Waaren Seitens des Klägers.

Für die Geltendmachung dieses Rechtes war aber ein terminus ad quem in der Vereinbarung vom 28. Dezember nirgends enthalten und wenn auch die bona fides und schuldige Rücksichtnahme auf das Interesse Klägers den Beklagten zum alsbaldigen Hervortreten mit seinem Anspruch verpflichtete, so kann doch in der desfallsigen Kundgebung desselben vom 24. Januar 1862 eine schuldhafte, das Recht Klägers verletzende, Verzögerung um so weniger gefunden werden, als es sich bei den fraglichen Waaren keineswegs um Artikel handelt, deren Werth und Verkäuflichkeit von der rasch wechselnden Mode abhängig ist.

Was aber die sofortige Aufzählung der im Einzelnen zurückzugebenden Gegenstände betrifft, so konnte Beklagter dieselbe, ohne Präjudiz für seine Rechtszuständigkeiten zunächst füglich unterlassen, dieselbe vielmehr der bei demnächstiger Rücksendung der Waare ordnungsmäßig zu ertheilenden Retourrechnung vorbehalten, wie denn auch Kläger nirgends anzugeben vermochte, daß und welches begründete Interesse er an dem sofortigen Empfang eines spezificirten Verzeichnisses jener Waaren gehabt habe, welcher Nachtheil ihm aus dem Nichtempfang desselben erwachsen sei.

Hat hiernach Beklagter sein Recht auf Rückverkauf der fraglichen Waaren durch den Brief vom 24. Januar 1862 und später noch durch das demselben inhärirende Schreiben vom 10. März 1862 [20] an sich in nicht zu beanstandender Weise, gewahrt, so fragt es sich nur noch, ob etwa inzwischen anderweite Thatumstände eingetreten seien, in Folge deren er nach der Hand jenes Rechtes wiederum verlustig gegangen?

In dieser Beziehung behauptet Kläger, daß gelegentlich der persönlichen Zusammenkunft, welche er mit dem Beklagten im Februar und Mai 1862 — also jedesmal einige Zeit nach Empfang der vorerwähnten Briefe Beklagtens — gehabt, Beklagter der fraglichen Retourwaaren und seines Anspruches auf deren Rückverkauf mit keiner Sylbe Erwähnung gethan, vielmehr ohne hierauf bez. auf den Inhalt seiner schriftlichen Kundgebungen irgendwie zurückzukommen, die der eingeklagten Forderung zu Grunde liegenden erneuerten Bestellungen ertheilt habe.

Wenn Kläger hieraus einen Verzicht des Beklagten auf das ihm zugestandene Rückverkaufsrecht herleiten zu können meint, so ist demselben darin nicht beizupflichten, da in dem angeblichen Schweigen des Beklagten wohl eine, dem kaufmännischen Verkehr wenig entsprechende Illoyalität des Verfahrens nicht aber ein nothwendiger Widerspruch mit der schriftlich erklärten Willensmeinung Beklagtens zu erfinden, darum aber auch kein Schluß auf die Absicht desselben gerechtfertigt sein würde, auf das ihm zugestandene und brieflich geltend gemachte Rückverkaufsrecht zu verzichten.

Da übrigens Kläger seinerseits durch geeignete Interpellation Beklagten zur Abgabe einer bestimmten Erklärung hätte veranlassen

können, auch hierzu nach Lage der Sache und im Hinblick auf die unterlassene Beantwortung des beklagtischen Schreibens vom 24. Januar 1862 mehr als genügenden Grund gehabt hätte, so würde jedenfalls der Vorwurf der Illoyalität gleicher Weise auch ihn treffen, und des Rechtes berauben, aus dem Verhalten des Beklagten, wie geschehen, Schlüsse zu seinen Gunsten zu ziehen.

Unter diesen Umständen kann Kläger sich der Pflicht zur Rücknahme der in Rede stehenden Waaren und Rückerstattung deren Preises nicht entziehen und erweist sich daher die Gegenforderung des Beklagten insoweit als begründet und liquid.

6. So viel jedoch den Betrag dieser Gegenforderung anlangt, so bemerkt Kläger wider den Soll-Posten 1 der Anlage J. [14] mit Recht, daß die ungekürzten Facturapreise der hier verrechneten Waaren nicht in Ansatz gebracht werden dürften, da Beklagter diese Waaren unbestritten nur mit einem Preisnachlaß von 15% bezahlt habe, der Rückkaufpreis daher nicht höher, als der von dem Beklagten bezahlte Kaufpreis berechnet werden könne.

Posten 1 ist hiernach auf fl. 406. 18 kr. zu ermäßigen;

Posten 3 geht mit fl. 238. 49 kr. in Ordnung;

Posten 2 und 4 sind dagegen aus doppeltem Grunde zu beanstanden.

Es kann einmal unter dem „kostenden Preis“, welchen Kläger übereinkunftmäßig gegen Rücknahme der Waaren erstatten soll, nur der von dem Beklagten gezahlte Kaufpreis exclusive der entstandenen Zoll- und Transportspesen verstanden werden, da aller Grund zu der Annahme fehlt, daß Kläger auch die Vergütung dieser Spesen habe übernehmen wollen, für deren Betrag Beklagter nach Lage der Sache den Ausgleich vielmehr darin zu finden hatte, daß er die Waaren während eines Jahres mit den Chancen des durch Verkauf zu erzielenden Gewinnes auf Lager gehabt. Außerdem aber und hiervon abgesehen, hat Beklagter in der dem Kläger aufgemachten und übersendeten Rechnung [12] den Betrag für Zoll und Spesen nicht in Ansatz gebracht; es kann daher derselbe, da er an diese seine Rechnungsaufstellung gebunden ist, auch einen Irrthum seinerseits nirgends behauptet hat, den fraglichen Betrag jetzt nicht nachträglich einschieben.

Posten 2 und 4 haben daher mit zusammen fl. 36. — wegzufallen.

Die Gegenforderung des Beklagten stellt sich somit in Summa auf fl. 645. 7 kr. und der hiernach dem Kläger zukommende Saldo auf fl. 204. 17 kr.

7. Da die Compensation bekanntlich rückwärts wirkt und auch rückwärts den Zinsenlauf aufhebt.

l. 4. Cod. de compens. (4, 31)

so sind Beklagtem zur insoweiten Ausgleichung der klägerischen Zinsenforderung, 5% Zinsen seiner Gegenforderung zuzuerkennen.

Hiernach wird zu Recht erkannt:

I. Die Forderung Klägers ist mit fl. 849. 24 kr, nebst 5% Zinsen und zwar

aus fl. 522. 54 kr. seit 6. September 1862 und
aus fl. 326. 30 kr. (vorerst) seit 6. Dezember 1862 liquid.

II. Die Gegenforderung Beklagtens ist mit fl. 645. 7 kr. sammt 5% Zinsen seit den Verfalltagen der klägerischen Forderung gleichfalls liquid.

III. Beklagter ist verurtheilt, den Mehrbetrag der klägerischen Forderung mit fl. 204. 17 kr. sammt 5% Zinsen seit 5. Dezember 1862 und zwar den hiervon zugestandenen Betrag von fl. 96. 35 kr. unbedingt, des Rest von fl. 107. 42 kr. aber nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses binnen vorzuberaumender Frist dem Kläger zu zahlen bezw. zu gestatten, daß Kläger den in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Betrag von fl. 96. 35 kr. erhebe.

IV. Würde Kläger binnen vorzuberaumender Frist, Gegenbeweis vorbehalten, erweisen:

„daß bezüglich der Factura vom 6. Juni 1862 [4] ein dreimonatliches Zahlungsziel vereinbart gewesen sei“ —

so ist Beklagter schuldig, die Zinsen zu 5% aus fl. 204. 17 kr. auch für die Zeit vom 6. September bis 6. Dezember 1862 dem Kläger zu vergüten.

V. Von den bis jetzt entstandenen Kosten hat Beklagter dem Kläger 1/4 zu erstatten, während bezüglich der weiter entstehenden das Erkenntniß ausgesetzt bleibt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 7. Dezember 1863.

Auf beiderseitige Appellation.

I. In Bezug auf die Appellation des Klägers und

1. dessen erste Beschwerde ist das Nachfolgende zu befinden:

Es kann ganz unerörtert bleiben, ob die durch [10] act. 1ae inst. beurkundete Vereinbarung in dem von dem Kläger oder in dem von dem Beklagten behaupteten Sinn aufzufassen sei, weil auch letzteren Falls die Gegenforderung sich als unbegründet herausgestellt. Denn selbst wenn die Ansicht des Beklagten die richtige wäre, würde er immerhin verpflichtet gewesen sein, innerhalb einer mäßigen den Verhältnissen entsprechenden Frist nach Ablauf des Jahres 1861 dem Kläger die unverkauften Gegenstände mit Bestimmtheit zu bezeichnen und zur Verfügung zu stellen. Dies hat Beklagter aber nicht gethan, vielmehr in seinem Briefe vom 24. Januar 1862 [19] sich darauf beschränkt, anzuführen, daß sein Verkauf unbedeutend gewesen sei und bei dem Kläger anzufragen, wie dieser es mit den unverkauften Gegenständen gehalten haben wolle.

Kläger hatte sich daher weder auf die vorerwähnte Anfrage des Beklagten zu erklären, noch sich auf Unterhandlungen mit demselben wegen Zurücknahme eines Theils der ihm verkauften Waaren einzulassen. Erst mittelst Schreiben vom 23. August 1862 [12] übersandte der Beklagte dem Kläger die beiden Verzeichnisse der unverkauften Waaren.

Diese Mittheilung, welche nach Ablauf von beinahe acht Monaten seit dem Anfang des Jahres 1862 erfolgte, muß mithin jedenfalls als verspätet und unwirksam betrachtet werden.

Beklagter war also keineswegs befugt, den für die dem Kläger vertragswidrig zur Disposition gestellten Waaren seiner Zeit bezahlten Kaufpreis zurückzuverlangen, beziehungsweise eine gleichmäßige Minderung des klägerischen Guthabens zu fordern.

Demgemäß erscheint die gegen die dem Antrage des Beklagten willfahrende Entscheidung in Abschnitt II. des angefochtenen stadtgerichtlichen Erkenntnisses gerichtete Beschwerde gerechtfertigt und ist der Beklagte nicht nur zur Zahlung der eingeklagten fl. 849. 24 kr.

sammt dem liquid gestellten Theile der eingeklagten Zinsen, sondern auch in Folge seines vorstehend erhöhten Schuldbetrags zum Ersatz von 9/10 der dem Kläger bis jetzt in erster Instanz erwachsenen Kosten zu verurtheilen.

2. Was die zweite Beschwerde des Klägers betrifft, so ist nur auf dessen Brief vom 22. August 1862 [11] zu verweisen, wo es heißt:

„die spätere Factura 6. Juni werde ich auf 6 Monate entnehmen, wenn ich nicht persönlich sollte kommen."

Kläger, welcher eine abändernde Uebereinkunft nicht behauptet, hätte mithin ebenso für die Sendung vom 6. Juni 1862 als für die vom 6. März 1862 eine sechsmonatliche Zahlungsfrist eintreten lassen müssen und wegen des ihm auferlegten Beweises einer nur dreimonatlichen Frist, hätte also nicht er, sondern der Beklagte Grund gehabt, sich zu beschweren.

II. Die Appellation des Beklagten muß nach dem, was rücksichtlich der ersten Beschwerde des Klägers vorstehend angeführt worden ist, verworfen werden.

Diesem Allem nach wird für Recht erkannt:

A. Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 19. August 1863 wird dahin abgeändert:

A. Beklagter ist schuldig, dem Kläger die Summe von fl. 849. 24 kr. nebst Zinsen zu 5% und zwar

a. aus fl. 522. 54 kr. seit 6. September 1862 und

b. aus fl. 326. 30 kr. seit 6. Dezember 1862 zu zahlen.

B. Beklagter hat dem Kläger den Betrag von fl. 96. 35 kr. nebst Zinsen zu 5% vom 6. September 1862 sofort zu bezahlen und hat das Stadtgericht nach beschrittener Rechtskraft dieses Erkenntnisses dem Beklagten eine Frist zur Zahlung des Restbetrages von fl. 752. 49 kr. nebst Zinsen anzuberaumen.

C. Würde Kläger binnen einer von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darthun:

daß bezüglich der Factura vom 6. Juni 1862 [4] act. 1ae inst. ein dreimonatliches Zahlungsziel vereinbart gewesen sei,

so ist Beklagter schuldig, die Zinsen zu 5% aus fl. 326. 30 kr. auch für die Zeit vom 6. September bis 6. Dezember 1862 zu entrichten.

D. Beklagter hat dem Kläger 9/10 der demselben in erster Instanz bisher erwachsenen Kosten zu ersetzen.

B. Von den Kosten, welche Kläger in dieser Instanz gehabt hat, ist demselben die Hälfte durch den Beklagten zu vergüten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 15. October 1864.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgericht der freien Stadt Frankfurt vom 7. Dezember 1863 aufzuheben, und das Stadtgerichts-Urtheil vom 19. August desselben Jahres nicht nur soweit abgeändert, wieder herzustellen, sondern überdies dahin abzuändern sei, daß

1. zu II. und III. der Betrag der Gegenforderung des Beklagten auf sechshundert ein und achtzig Gulden sieben Kreuzer nebst 5 Procent Zinsen zu erhöhen, und

2. zu V. der Kläger in drei Viertel der in erster Instanz aufgelaufenen Kosten zu verurtheilen, ein Viertel dagegen zu vergleichen und das Erkenntniß über die ferneren Kosten auszusetzen sei.

Die in voriger Instanz erwachsenen Kosten fallen zur Hälfte dem Kläger zur Last, die andere Hälfte und die Kosten gegenwärtiger Instanz werden verglichen und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte beantragt mittelst seiner [1] S. 3 und 4 der Appellationsgerichts-Akten aufgestellten Beschwerde die Herstellung des Stadtgerichts-Urtheils, jedoch mit einer dreifachen Modification.

Er verlangt

1. Die Verurtheilung seines Gegners in Posten 2 von Anl. J. [14];

2. Die gleiche von Posten 4;

3. Die Aussetzung des Kostenpunkts eventuell die Verurtheilung des Klägers in 9/10 der in erster Instanz erwachsenen Kosten.

Außerdem verlangt er die Verurtheilung des Klägers in die in der Appellations-Instanz entstandenen Kosten, eventuell, in Gemäßheit des am angeführten Orte S. 19 Gesagten, dessen Verurtheilung in die Hälfte derselben, ganz eventuell deren durchgängige Compensation; und schließlich die Verurtheilung in die Kosten gegenwärtiger Instanz.

In der Hauptsache kommt es demnach zunächst auf eine Beantwortung der Frage an, welchen Sinn die in Gemäßheit der Uebereinkunft vom 28. Dezember 1860 — Anl. E. [10] — übernommene Verbindlichkeit hat, mittelst welcher der Beklagte die in der Factura vom 12. Oktober 1860 — Anl. B. [7] — und vom 9. Januar 1860 (richtiger 1861) — Anl. D. [9] — verzeichneten Sachen „zum Verkauf" unter der — seinerseits erfüllten — Bedingung, die facturirten Preise, und zwar Erstere mit einem Rabatt von fl. 84, binnen drei Monaten zu bezahlen, wogegen der Kläger sich verbindlich gemacht hat, „nach Ablauf eines Jahres die nicht verkauften Gegenstände zum kostenden Preis auf Verlangen zurückzunehmen und den Betrag zu vergüten." Hier ergibt sich nun

a. zunächst aus den Worten „auf Verlangen", daß von einem Rückfall der unverkauften Waare unter Verpflichtung zur Zahlung des Preises ohne Weiteres nicht die Rede sein kann, und ebensowenig von einer Erkundigungspflicht des Klägers, welche Waaren unverkauft geblieben seien. Es war vielmehr Sache des Beklagten, nachdem er in Gemäßheit des vorangehenden Theils der Vereinbarung die Facturapreise und zwar den Ersten mit einem Rabatt von 15% berichtigt hatte, den Kläger davon in Kenntniß zu setzen, daß Beklagter eine Rücknahme der Sachen verlange;

b. andererseits dagegen kann ebensowenig der Auffassung beigepflichtet werden, der Beklagte sei verpflichtet gewesen, sofort mit Ablauf des Jahres die bis dahin unverkauft gebliebenen Gegenstände, bei Verlust seines Anspruches dem Kläger gegenüber, geltend zu machen. Zunächst nämlich ist es irrig, anzunehmen, es habe in der Absicht der Parteien gelegen, dem Ablauf des Jahres in Betreff der Rücknahme die Bedeutung beizulegen, daß sich der Beklagte bei Ver-

lust seines Rechts sofort zu erklären habe, er wolle von demselben Gebrauch machen. Eine derartige Auffassung durfte nicht, mit dem Appellationsgerichte auf den Satz des kaufmännischen Gewohnheitsrechtes, wonach der Besteller einer Waare, wegen etwaiger Mängel derselben bei Verlust seines Ablehnungs- oder Entschädigungsrechtes alsbald nach Empfang zu reclamiren haben soll,

Frankf. Präjudic. St. Goar ca. Gebr. Wex 20. Februar 1858*)

gestützt werden. Denn hier handelt es sich nicht um den Empfang einer bestellten, sondern um die Rücknahme einer empfangenen Waare. Diese Rücknahme sollte erfolgen, auf Grund eines Vertrages, in welchem das Stadtgericht einen Verkauf mit bedungenem Rückkauf gefunden hat. Geht man von dieser Annahme aus, so hat es kein Bedenken, daß das Anerbieten des Beklagten unzweifelhaft ein zeitiges war. Der Vertrag mußte jedoch, wie sich aus dessen Fassung, insonderheit den Worten „zum Verkauf" ergibt, als Trödel-Vertrag aufgefaßt werden. Allein auch bei dieser Auffassung gelangt man zu dem Ergebniß, daß die Offerte des Beklagten eine zeitige war. Es liegen nämlich keine Momente vor, aus welchen auf eine strenge Einhaltung des bedungenen Termines geschlossen werden müßte, in welcher Beziehung im Allgemeinen die Gründe zu den Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichtes in den Hamburger Sachen

Bortmann & Comp. ca. Löser, Mack & Abelsdörfer, 30. Januar 1856 (Hamb. Samml. Bd. III. S. 4.)

Himmelheber ca. Rosenberg, 5. März 1863 (Hamb. Gerichtszeitung, Nr. 15. S. 118. u. f.)

in Bezug genommen werden können. — Dafür, daß es dem Beklagten unbenommen sei, 3 bis 4 Wochen nach Ablauf der Jahresfrist seinem Gegner zu erklären, er beabsichtige die unverkauften Gegenstände zurückzugeben, spricht zunächst schon die Wortfassung der Uebereinkunft, in welcher die Worte „nach Ablauf eines Jahres" vorangestellt und nicht mit den „nicht verkauften Gegenständen" in engere Verbindung gebracht sind. — Sodann aber kommt in Betracht, daß der Beklagte ein volles Jahr hindurch berechtigt war, den Verkauf der

---

*) Band IV. S. 41.

übernommenen Waaren zu versuchen, und daß es sich um ein Aussortiren einer nicht unbeträchtlichen Quantität von Galanteriewaaren handelt, für welches der obgedachte Zeitraum nicht zu weit bemessen ist. Auch ließ sich nicht annehmen, daß dem Anspruch auf Rücknahme um deswillen präjudicirt sei, weil jenem Schreiben nicht sofort eine Spezification des Unverkauften beigelegt worden ist. Es genügte vollkommen, wenn der Beklagte seinen Willen, die gedachten Gegenstände zurückzugeben, zu erkennen gab. Erst dann, wenn sich der Kläger über die Art, wie die Rückgabe beschafft werden solle, erklärt hatte, bedurfte es einer genaueren Angabe und Berechnung. Als irrig mußte sodann die Ansicht des Klägers bezeichnet werden, der Beklagte habe selbst seine Versäumniß in dem Schreiben vom 24. Januar anerkannt, und wenn er auf eine mündliche Verständigung bei Anwesenheit des Klägers gerechnet, so sei, da dieser weder in Person noch durch einen Vertreter erschienen sei, die Verpflichtung des Beklagten ohne Weiteres eingetreten. Denn wenn auch der Beklagte jene Ansicht gehegt haben sollte, was gleichwohl aus dem Schreiben nicht mit voller Sicherheit hervorgeht, so würde ihm dies ebensowenig nachtheilig sein können, wie es gegen den Kläger geltend gemacht werden könnte, daß er den Einwand der Verspätung in der Correspondenz nicht hervorgehoben hat, wenn nur jener Einwand in der That ein rechtliches Fundament hatte, was gezeigtermaßen nicht der Fall ist. — Endlich steht es auch dem Beklagten nicht entgegen, wenn er, wie gleichwohl von ihm entschieden in Abrede gestellt ist, bei den neuen in Anwesenheit des Klägers gemachten Bestellungen auf die Differenz wegen der früheren nicht zurückgekommen sein sollte. Der Kläger wußte genau durch wiederholte Zuschriften des Beklagten, daß und welchen Anspruch dieser erhebe. Schwieg der Beklagte also bei der persönlichen Anwesenheit des Klägers über diesen Gegenstand, und machte neue Bestellungen, so mußte der Kläger als erfahrener Geschäftsmann es sich selbst sagen, daß die Möglichkeit einer auf Compensation gerichteten Absicht vorhanden sei. Es war daher seine Sache, entweder von der Differenz anzufangen und sie zu erledigen, oder in Betreff der neuen Sendungen Verabredungen über die Zahlung zu treffen, welche eine jede Einmischung von Forderungen aus einem fremden Geschäfte beseitigt hätten. Ein Verzicht auf die Gel-

tendmachung der in Rede stehenden Forderung liegt also in dem Schweigen keineswegs.

Anders dagegen scheint es sich zu verhalten mit dem bei der zweiten Anwesenheit des Klägers, nach seiner von dem Beklagten wiedersprochenen Behauptung stattgehabten Umtausch von 2 Theebüchsen, welche zu den 1860er Waaren gehört haben sollen. Man könnte nämlich so sagen, wenn sämmtliche 1860er Waaren zurückgegeben werden sollten und nun ein Theil derselben mit unversehrten vertauscht ward, so liege darin eine Erklärung, die übrigen sollten nicht zurückgegeben werden. Allein völlig unzweifelhaft ist dieser Schluß nicht: es ist ebenso möglich, daß in Betreff dieser Büchsen ein neues Geschäft dahin abgeschlossen ward, sie sollten sofort mit anderen vertauscht werden und aus dem Complexus ausscheiden. Daher kann auch in Ansehung dieses Punktes von einer Beweisnachlassung nicht die Rede sein.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß die eventuellen Beschwerden des Klägers in voriger Instanz keine Berücksichtigung finden konnten. Die erste derselben geht dahin, dem Kläger den Beweis nachzulassen, die in der Uebereinkunft vom 28. Dezember 1860 beurkundete Vereinbarung sei dahin gegangen, daß Beklagter, wenn er von dem Rechte der Rückgabe der Waaren Grbrauch machen wollte, damit sofort mit oder doch sofort nach Ablauf des Jahres hervortreten müsse. Allein dieses Verlangen ist um deswillen unbegründet, weil Kläger damit einverstanden ist, die Vereinbarung habe in jenem Schreiben ihren genauen Ausdruck gefunden, das Schreiben aber, wie oben gezeigt, die gedachte Erklärung nicht zuläßt und von dem Rechtssatz Anwendung gemacht werden muß, daß wenn die Worte unzweifelhaft sind, eine Beweisauflage über die Willensmeinung sich als unstattnehmig herausstellt. — Noch weniger kann davon die Rede sein, den Kläger zu dem Beweise zuzulassen, daß der Beklagte bei der mündlichen Besprechung mit dem Kläger im Februar 1862 und im Mai 1862 seinen vermeintlichen Anspruch nicht erwähnt und vorbehaltlos weitere Bestellungen gemacht habe. Denn dieser von dem Beklagten in Abrede gestellte Umstand ist, wie oben bemerkt, nicht geeignet, einen Verzicht auf die Geltendmachung der Rückgabe aus ihm zu entnehmen.

Diesem Allem zufolge war das Appellationsgerichts-Urtheil info-

weit es das Stadtgerichts-Erkenntniß beseitigt hat, wieder aufzuheben. Es fragt sich daher, ob noch weiter zu gehen und den Beschwerden des Beklagten in voriger Instanz, insoweit nicht auf dieselben in jetziger Instanz verzichtet ist, was S. 13 [1] der Ober-Appellationsgerichts-Akten in Ansehung des um 15% gekürzten Postens 1 von Anl. J. [14] der St. Ger.-Akten geschah, welcher mithin nicht mit fl. 465, sondern mit fl. 406. 18 kr. in Ansatz kommt, zu entsprechen sei. Alles kommt hier an auf die Erklärung der in Anl. E [10] der St. Gerichts-Akten ersichtlichen Worte „zum kostenden Preis zurückzunehmen.“ Hier steht nun zuvörderst soviel fest, daß der gebrauchte Ausdruck zu Gunsten des Beklagten spricht. Der kostende Preis ist für den Detaillisten der Einkaufspreis, vermehrt durch sämmtliche auf den gekauften Gegenstand verwandte Auslagen und Verwendungen. Insbesondere sind dahin zu rechnen, Zoll, Fracht und Fuhrlohn, ohne welche der Käufer die Waare nicht empfangen und weiter verkaufen kann. Der Betrag derselben ist in Anl. K. [15] spezificirt und der die zurückzugebende Waare betreffende Antheil mit fl. 33. 19 kr. seiner Höhe nach kein Gegenstand des Streites. Soll also angenommen werden, der in Anl. E [10] gebrauchte Ausdruck sei von den Parteien in dem Sinne von Facturapreis verstanden und die Spesen ausgeschlossen, so müßten für dieses abweichende Verständniß der gebrauchten Worte erhebliche Gründe vorhanden sein. Diese konnten aber nicht in dem von dem Stadtgerichte relevirten Umstande gefunden werden, daß der Beklagte ein Aequivalent für die Spesen in den Chancen des Gewinnes gehabt, den er durch den Verkauf während Jahresfrist zu erzielen vermocht habe. Denn es ist völlig zweifelhaft, in wessen Interesse das getroffene Abkommen zu Stande kam. Der Gewinn konnte ebensowohl als Vergütung aufgefaßt werden für die mit den Waaren gehabten Bemühungen ꝛc. zumal der Beklagte die eingetroffene Erwartung hegte, daß der größere Theil der Waaren dem Kläger werde zurückgegeben werden müssen. Etwas mehr Anschein hat es, wenn das Stadtgericht für die Streichung dieses Postens den Umstand hervorhebt, daß Beklagter denselben in Anl. G. [12], der dem Kläger am 23. August 1862 übersandten Rechnung ausgelassen habe, und ein Irrthum von ihm nicht behauptet sei. Allein ein Verzicht kann darin um deswillen nicht gefunden werden, weil der

Kläger jene Aufmachung, die sehr wohl den Zweck haben konnte, bei sofortiger Abmachung des streitigen Gegenstandes minder scharf zu verfahren, nicht angenommen hat. Es muß daher dem Beklagten unbenommen sein, auf diesen Posten zurückzukommen. Dieselbe Bewandtniß hat es mit ihrer Höhe nach ebenfalls nicht beanstandeten für Kiste und Emballage berechneten fl. 2. 51 kr.

Anlangend endlich die den Kostenpunkt betreffende Beschwerde des Beklagten und zwar zunächst die Kosten erster Instanz, so mußte es, da der dem Kläger auferlegte Beweis nur einen untergeordnen Punkt nämlich den Zeitpunkt des Zinsenablaufes betrifft, angemessen erscheinen, schon jetzt über dieselben zu erkennen. Der Beklagte hat die gegnerische Forderung sofort anerkannt und den von ihm für liquide erkannten Theil gerichtlich deponirt; die prozessualischen Weiterungen sind lediglich durch die Gegenforderung veranlaßt, und diese war, mit Ausnahme des in jetziger Instanz durch Verzicht beseitigten Postens 1. betreffend den Abzug von 15%, also in einem Betrage von fl. 71. 42 kr., für begründet anzuerkennen; der aufgegebene Posten hat aber nennenswerthe Kosten nicht veranlaßt. Hiernach erscheint es gerechtfertigt, den Kläger, selbst unter Berücksichtigung der Kosten, welche durch den Punkt aufgelaufen sind, über welchen noch auf Beweis erkannt ist, in drei Viertel der in erster Instanz aufgelaufenen Kosten zu verurtheilen und ein Viertel zu vergleichen, also auch in diesem Punkte das Appellationsgerichts-Erkenntniß unter D abzuändern.

Ebenso wird in Ansehung der in voriger Instanz erwachsenen Kosten eine Abänderung jenes Erkenntnisses erforderlich. Die Appellation des Klägers war zu verwerfen, jedenfalls bis auf die 15%. Die des Beklagten ist begründet. Daraus folgt, daß der Kläger die Hälfte der Kosten zweiter Instanz zu tragen hat und die andere Hälfte zu vergleichen war.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz dagegen konnten dem Kläger nicht auferlegt werden, worauf die Schlußbitte des Beklagten gerichtet ist, sondern waren wegen Wechsels der Entscheidungen zu vergleichen.

373.

Julius Feuchtwanger, zu Fürth, Kläger, gegen **S. M. Schwarzschild,** in Liquidation Beklagter, Wechselforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 22. April 1861.

In Erwägung, daß

1. der Wechselkläger zur Leistung einer Kostencaution nicht verpflichtet ist;

2. die Legitimation des Klägers nicht deshalb beanstandet werden kann, weil zwischen dem Indossament von S. Feuchtwanger auf J. L. Feuchtwanger und von diesem auf den Kläger sich noch ein älteres Indossament von J. L. Feuchtwanger auf Bamberger & Comp. befindet; indem J. L. Feuchtwanger, nachdem er den M. Z. protestirten Wechsel von Bamberger & Comp wieder an sich gebracht hatte, zwar befugt, aber nicht verpflichtet war, sein Indossament auf Bamberger & Comp. auszustreichen (Art. 55. der W. = O.); überdieß auch zur Rückübertragung der Wechselrechte auf J. L. Feuchtwanger die Auslieferung des Wechsels und Proteste an denselben vollkommen genügte und ein Rückindossament auf denselben von Bamberger & Comp. nicht erforderlich war (Art. 54 der W.=O.);

3. es zwar feststeht, daß der Rückübergang des Wechsels von Bamberger & Comp. auf J. L. Feuchtwanger und die Indossirung von diesem auf den Kläger Julius Feuchtwanger erst nach erhobenem Protest M. Z. Statt gefunden; hieraus aber für die in Rede stehende Frage nur folgt, daß Kläger nach Art. 16. Abs. 2. der W.=O.

Bluntschli S. 48
Braun, S. 55.

sich die Einreden des Beklagten gefallen lassen muß, welche diesem,

den Nachindossenten J. L. Feuchtwanger zustehen, nicht aber diejenigen, welche demselben gegen Bamberger & Comp. zur Seite stehen; indem der Rückübergang des Wechsels von Bamberger & Comp. auf J. L. Feuchtwanger überhaupt gar nicht auf einem Indossament beruhte;

4. hiernach auch der Einwand des Beklagten, daß gegen seine Zahlung von 25% Bamberger & Comp. ihm versprochen haben, ihm den Wechsel zurückzuliefern, nachdem sie sich mit demselben bei ihren Vormännern wegen des Restes regressirt haben würden, und daß Bamberger & Comp. auch bei J. L. Feuchtwanger ausgemacht haben, daß Beklagter nicht weiter aus seinem Accepte angegangen werden dürfe, hier keine Beachtung finden kann, weil Kläger nicht aus einem von Bamberger & Comp. hergeleiteten Rechte klagt und das, was Bamberger & Comp. mit J. L. Feuchtwanger etwa ausgemacht haben, zwar Rechtsverhältnisse zwischen Bamberger & Comp. und J. L. Feuchtwanger, nicht aber zwischen J. L. Feuchtwanger resp. dessen Cessionar, dem Kläger, und den Beklagten begründen konnte; wonach es also dem Beklagten überlassen bleiben muß, Bamberger & Comp. wegen ihres angeblichen, nicht erfüllten Versprechens direct anzugehen und diesen eventuell vorbehalten bliebe, sich bei J. L. Feuchtwanger zu regressiren;

5. es bei vorliegender Klage auch nicht darauf ankommen kann, ob und gegen welche Zahlung J. L. Feuchtwanger den Wechsel bei Bamberger & Comp. eingelöst habe, es vielmehr genügt, daß J. L. Feuchtwanger den Wechsel von Bamberger & Comp., wenn auch ohne alle Gegenleistung an sich gebracht hat;

6. es für die Vertheidigung des Beklagten überhaupt nicht darauf ankommen kann, ob und mit wie geringen Zahlungen sich die verschiedenen Indossanten und der Aussteller von ihren Verbindlichkeiten befreit haben, indem ihm als Acceptanten gegen keinen derselben ein wechselrechtlicher Anspruch zusteht, der ihm möglicher Weise nur gegen den Aussteller zustehende Revalirungsanspruch aber weder in wechselrechtlichem Verfahren geltend gemacht, noch auch durch die den verschiedenen Wechselverpflichteten etwa bewilligten Nachlässe präjudicirt werden kann, vielmehr sich immerhin auf den Betrag erstrecken würde,

welchen er als Acceptant den Aussteller gegenüber etwa ohne Deckung bezahlt haben würde;

7. hiernach also Beklagter, welcher geständigermaßen für voll fl. 8000 acceptirt und nur 25% darauf bezahlt hat, noch für 75% cum annex. in Verbindlichkeit erscheint und sich nicht darüber beschweren kann, wenn er unter Abzug von 30%, welche von dem Aussteller und einem Indossanten der früheren Inhaber auf dem Wege des Regresses bezahlt worden sind, nur noch für 45% in Anspruch genommen wird;

8. Was die annexa betrifft, die Zinsen vom Acceptanten nach dem nicht aufgehobenen Art. 99 der provisorischen Prozeßordnung nur mit 5% verlangt werden können; übrigens die Protestspesen mit fl. 4. 54 kr. und 1/3% Provision auf gesetzlicher Vorschrift beruhen (Art. 81. vergl. mit Art. 50 und 51 der W.-O.)

9. Die auf den Münchener Vertrag [12] und die Urkunden [13] bis [16] gegründete Gegenforderung des Beklagten an J. L. Feuchtwanger von fl. 10452. 48 kr. nach den Entscheidungsgründen sub 3 compensationsweise, soweit in Betracht zu kommen hat, als sie nicht sofort durch die in demselben Münchener Vertrag festgestellte und längst fällig gewordene Forderung des J. L. Feuchtwanger an den Beklagten von fl. 9143. 54 kr. aufgehoben erscheint, und demnach die Verurtheilung des Beklagten nur noch zur Zahlung der eingeklagten Forderung cum annex abzüglich des Gegenforderungssaldos von fl. 1308. 54 kr. erfolgen kann;

10. einer Mittheilung der Streitverkündigung an Bamberger & Comp. nichts im Wege steht.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

1. Beklagter ist schuldig binnen 24 Stunden bei Vermeidung wechselrechtlicher Execution den eingeklagten Betrag von fl. 3600 nebst 5% Zinsen vom 30. Juni 1859 an, fl. 4. 54 kr. Protestspesen und 1/3% Provision — abzüglich des Gegenforderungssaldos von fl. 1308. 54 kr. nebst 5% Zinsen vom 31. Mai 1860 an — dem Kläger zu bezahlen, auch demselben 2/3 der Prozeßkosten nach gerichtlicher Feststellung zu ersetzen.
2. Das Triplikat der Vernehmlassung [8] ist den Litisdenunciaten Bamberger & Comp. zur Kenntnißnahme mitzutheilen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 26. November 1862.

Auf beiderseitige Appellation.

A. Was die Appellation der Wechselbeklagten und die erste Beschwerde betrifft, so ist das Nachfolgende zu befinden.

1. Von der Wechselbeklagten war in der Einredehandlung [8] act. 1ae inst. unter Anderem eingewendet worden, daß

a. Bamberger & Comp. sich ihr gegenüber verpflichtet hätten, ihr nach geleisteter Zahlung von 25% den fraglichen Wechsel zurückzuliefern, nachdem sie sich mit demselben bei ihren Vormännern auf dem Wege des Regresses erholt haben würden,

und daß

b. die vorgenannten Bamberger & Comp. auch bei J. L. Feuchtwanger die vollständige Liberation der Wechselbeklagten ausdrücklich bedungen und ausgemacht hätten, daß Letztere nichts mehr an J. L. Feuchtwanger bezahlen sollten.

2. Das Stadtgericht hat nun zwar in dem dritten Entscheidungsgrunde des angefochtenen Erkenntnisses unter Bezugnahme auf Art. 16, Absatz 2 der deutschen W.=O. ausgesprochen, daß, da die Indossirung des fraglichen Wechsels von J. L. Feuchtwanger auf den jetzigen Wechselkläger erst nach erhobenem Protest stattgefunden, dieser sich die Einreden der Wechselbeklagten gefallen lassen müsse, welche derselben gegen den Nachindossanten J. L. Feuchtwanger zuständen, jedoch wurde in dem 4. Entscheidungsgrunde hervorgehoben, daß der obengedachte Einwand hier keine Beachtung finden könne, weil Wechselkläger nicht aus einem von Bamberger & Comp. hergeleiteten Rechte klage, und das was diese mit J. L. Feuchtwanger ausgemacht hätten, zwar Rechtsverhältnisse zwischen ihnen beiden, nicht aber zwischen J. L. Feuchtwanger beziehentlich dessen Cessionar dem jetzigen Wechselkläger und der Wechselbeklagten begründen könne.

3. Allein nach der jetzigen herrschenden richtigeren Rechtsansicht ist ein Vertrag zum Vortheil eines Dritten allerdings dann gültig und wirksam, wenn der Promissar ein Interesse bei der Erfüllung hat.

Goeschen, Vorlesungen des gem. Civilrechts Bd. II. § 234, S. 189.

v. Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen Bd. III. S. 290.

Seuffert, Archiv Bd. III. Nr. 31. Bd. VIII. Nr. 29. Bd. IX. Nr. 18.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts Bd. II. Abth. 2. S. 303 u. f.

4. Dieses Interesse der Bamberger & Comp. bei der angeblich zwischen ihnen und J. L. Feuchtwanger getroffenen Uebereinkunft, wäre nun vorliegend außer Zweifel, wenn sie sich der Wechselbeklagten gegenüber, wie von dieser behauptet worden, verpflichtet hätten, derselben die fragliche Tratte zurückzuliefern, indem alsdann durch die gedachte Uebereinkunft Bamberger & Comp. gegen den Anspruch der Wechselbeklagten auf Erfüllung dieser Verpflichtung gesichert erscheinen würden.

5. Sollte daher die Wechselbeklagte sowohl den Beweis der vorstehend unter 1. a., als den unter 1. b., erwähnten Vertragsbestimmung zu erbringen vermögen, zu welchem Beweise sie übrigens in Folge des Art. 91 der P.-O. nur nach geschehener Deposition des judicatmäßigen Wechselbetrags zuzulassen ist, so würde, da die von ihr geleistete Zahlung von 25% von dem Wechselkläger nicht bestritten worden, und der Umstand, daß J. L. Feuchtwanger in den Besitz der fraglichen Tratte gelangt ist, dafür spricht, daß die von Bamberger & Comp. vorbehaltene Regreßnahme ihre Erledigung gefunden hat, J. L. Feuchtwanger, nun dessen Cessionar, der jetzige Wechselkläger, vertragsgemäß nicht berechtigt sein, jene Tratte der Wechselbeklagten vorzuenthalten und dagegen dieselbe geltend zu machen.

Die zweite und dritte Beschwerde anbelangend, so hatte

1. Wechselbeklagte in der Einredehandlung sich auf den dort hervorgehobenen einschlagenden Inhalt des § 5 der Münchener Vereinbarung bezogen und zugleich zwei von J. L. Feuchtwanger auf sie trassirte Wechsel von fl. 6000. — und fl. 4000. — nebst Mangel Zahlung Protest-Urkunde überreicht, auch durch die Erstere, sowie durch die auf denselben befindliche Quittirung nachgewiesen, daß diese Wechsel von ihm eingelöst worden waren. Ueberdies war eine Bescheinigung des mit der Einklage beauftragt gewesenen Herrn Dr. Jucho

über vergütete fl. 452. 48 kr. für Zinsen und Protestspesen beigefügt worden.

2. Hieraufhin opponirte die Wechselbeklagte, daß, da J. L. Feuchtwanger, nun dessen Cessionar, der Wechselkläger, ihr die vorgedachten fl. 10452. 48 kr. nebst 5% Zinsen vom 31. Mai 1860 (dem Zahlungstage) zu erstatten verbunden sei, dadurch jedenfalls die dermalige Wechsel-Forderung bis zu den sich gegenseitig deckenden Beträgen compensando als getilgt erscheine.

3. In der Gegenerklärung war von dem Wechselkläger erwidert

worden, daß von den vorgedachten		fl. 10,452. 48 kr.
die nach § 3 Münchener Vereinbarung ihr Seitens der Wechselbeklagten schuldigen	fl. 9143. 54 kr.	
sowie die Zinsen hieraus zu 5% vom Tage des Verfalls (25. Dezember 1859) bis zum Tage der Zahlung (31. Mai 1860) mit	„ 198. 7 „	„ 9,342. 1 „
in Abzug zu bringen und daher die eingeklagte Wechselforderung nur um		fl. 1,110. 47 kr.

zu mindern sei.

4. Das angefochtene Stadtgerichts-Erkenntniß genehmigte auf Grund der liquid gestellten Gegenforderung des Wechselklägers von fl. 9143. 54 kr. den Abzug dieser Summe jedoch ohne Zinsen von der fl. 10,452. 48 kr. betragenden Forderung der Wechselbeklagten, wonach sich ein Guthaben der Letztern von fl. 1308. 54 kr. herausstellte. Dieses, nebst 5% Zinsen vom 31. Mai 1860 sollte von den eingeklagten fl. 3600 nebst Zinsen zu 5% vom 30. Juni 1859 (dem Tage des erhobenen Mangel-Zahlungs-Protestes) sowie von fl. 4. 54 kr. Protestspesen und 1/3 % Provision abgehen.

5. Den hiernach in [22] berechneten Restbetrag von fl. 2575. 27 kr. hat Wechselbeklagte, nachdem sie gegen das vorerwähnte Stadtgerichts-Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation eingelegt, ausweislich [23] in Bankscheinen bei dem Rechnei-Amt deponirt.

6. Wechselbeklagte hat nun in der Appellations-Einführung unter Vorlage zweier Tratten [4, 5] act. huj. inst. geltend zu machen ver-

sucht, daß das vorstehend unter 3 und 4 erwähnte Restguthaben des J. L. Feuchtwanger von ihr berichtigt worden sei, indem sie zugleich beantragte, daß sie im Wege des ordentlichen Verfahrens zum Beweise darüber:

> daß und wie weit der Saldo aus dem § 3 der Vereinbarung [12] act. I^{ae} inst. von der fl. 9143. 54 kr. schon vor Beginn der dermaligen Wechselklage durch Zahlung und Gegenforderung getilgt gewesen,

unter Mitbenutzung der Tratten [4, 5] zugelassen werde.

7. Es mag aber in dem vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, ob die Wechselbeklagte dasjenige, was sie in erster Instanz duplicando hätte vorbringen können, wenn sie nicht daran durch die Vorschrift des Art. 90 der P. O. behindert gewesen wäre, in zweiter Instanz als ein novum nachzubringen befugt sei, da jedenfalls dieses jetzige Vorbringen als unter den gegebenen Umständen und namentlich in Bezug auf das aus dem Vertrage [12] hervorgehende Abrechnungsverhältniß als der erforderlichen Substantiirung ermangelnd unberücksichtigt bleiben muß.

8. Hiernach kann von der Einleitung eines Beweisverfahrens im Wege des ordentlichen Prozesses nach Maßgabe des Art. 9 der Pr. Ord. nicht die Rede sein, da die bezügliche Einrede der Wechselbeklagten, insoweit solche gehörig vorgebracht und substantiirt worden, in dem angefochtenen Erkenntniß bereits ihre definitive Erledigung gefunden hat, daher es denn auch der Wechselbeklagten lediglich überlassen bleiben muß, den Wechselkläger wegen der ersten in dieser Instanz vorgebrachten Gegenforderung, soweit sie damit auszulangen gedenkt, in separato in Anspruch zu nehmen.

B. Die Appellation des Wechselklägers und die erste sowie die eventuelle zweite Beschwerde anlangend, so versucht

1. Wechselkläger der von ihm in dem vorderen Verfahren auf Seite 4 u. f. der Gegenerklärung [17] act. aufgestellten Berechnung eine andere zu seinem Vortheil zu substituiren.

2. Dieser Versuch erscheint aber verfehlt; denn wenn auch der Wechselkläger befugt gewesen wäre, bei der S. 31 der Gegenerklärung [17] act. aufgestellten Berechnung statt der Summe von fl. 10,000. — die von fl. 7500. — in Abzug zu bringen, so hätte der Anwalt des-

selben immerhin dort dies thun, auch näher angeben und erörtern müssen, warum die von der Wechselbeklagten in Compensation gebrachten fl. 10,000. — auf Grund des § 3 des Vertrags [12] einen Abzug von 25% erleiden sollten.

3. Dies hat der klägerische Anwalt versäumt und gegen eine solche Versäumniß kann keine Restitution beansprucht werden, da nach hiesiger Gerichtspraxis derselbe nicht in Bezug auf etwa mangelhafte Angaben oder Einräumungen des Anwalts, sondern nur bei von demselben versäumten Fristen ertheilt werden darf.

Bender, Civilprozeß S. 255 u. f.

Bei der eventuellen dritten Beschwerde kommt in Betracht, daß

1. nach Inhalt der Münchener Vereinbarung J. L. Feuchtwanger, von welchem Wechselkläger sein Recht herleitet, mit der Wechselbeklagten in laufender Rechnung gestanden und daß daher von dem gegenseitigen Guthaben Zinsen zu berechnen sind, daß

2. auch das angefochtene Erkenntniß der Wechselbeklagten aus dem Gegenforderungs-Saldo von fl. 1308. 54 kr. 5% Zinsen seit dem 31. Mai 1860, wo die betreffende Zahlung geleistet worden, zuerkannt hat, daß

3. sonach schon die Gleichberechtigung der Parteien es erfordert, daß dem Wechselkläger ebenfalls Zinsen zu 5% aus den ihm von der Wechselbeklagten am 25. Dezember 1855 schuldig verbliebenen fl. 9143. 54 kr. bis zum 30. Mai 1860, als dem vorerwähnten Zahlungstage vergütet werden, daß

4. mithin diese von dem Wechselkläger in der Gegenerklärung mit fl. 198. 7 kr. berechneten Zinsen, demselben hätten zugesprochen werden müssen, und daher

5. der vorstehend unter 2. erwähnte Gegenforderungs-Saldo von fl. 1308. 54 kr., sich auf fl. 1110. 47 kr. reducirt.

Die vierte Beschwerde erledigt sich dadurch, daß ohne Rücksicht auf die vorbemerkte Reduction, dem Wechselkläger eventuell statt 2/3 der Kosten erster Instanz, 5/7 derselben anmit zugebilligt werden.

Aus den vorstehenden Gründen wird für Recht erkannt:

I. Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 22. April 1862 wird dahin abgeändert:

a. Würde Wechselbeklagte binnen einer von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darthun,

daß Bamberger & Comp. sich ihr gegenüber verpflichtet haben, ihr nach geleisteter Zahlung von 25% den fraglichen Wechsel [3] act. I^ae inst. zurückzuliefern, nachdem sie sich mit demselben bei ihren Vormännern auf dem Wege des Regresses erholt haben würden,

und

daß Bamberger & Comp. bei J. L. Feuchtwanger die vollständige Liberation der Wechselbeklagten ausdrücklich bedungen und ausgemacht haben, daß Letztere nichts mehr von J. L. Feuchtwanger bezahlen solle,

so soll Wechselkläger mit der erhobenen Klage ab und zur Ruhe gewiesen und zum Ersatz der der Wechselbeklagten verursachten Schäden und Kosten vorbehaltlich deren Liquidation verurtheilt, auch dieselbe ermächtigt sein, die nach [23] deponirten fl. 2575. 27 kr. bei dem Rechnei-Amt zu erheben.

b. Für den Fall, daß der vorbemerkte Beweis nicht erbracht würde, soll Wechselbeklagte schuldig sein, dem Wechselkläger die eingeklagte Summe von fl. 3600 nebst 5% Zinsen vom 30. Juni 1859 an, fl. 4. 54 kr. Protestspesen und 1/3% Provision, abzüglich des Gegenforderungs-Saldo von fl. 1110. 47 kr. nebst 5% Zinsen vom 31. Mai 1860 zu bezahlen, auch derselben 5/7 der Prozeßkosten erster Instanz zu ersetzen.

II. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. October 1864.

In Erwägung:

1. daß das Stadtgericht in seinem Erkenntnisse vom 22. April 1861 die auf die Urkunden [12]—[15] der Stadtgerichts-Akten gegründete Einrede, mittelst deren Beklagter eine gegen den Cedenten

des Klägers ihm zustehende Forderung, von fl. 10,452. 48 kr. nebst Zinsen auf die eingeklagte Wechsel-Restforderung von fl. 3600 u. w. d. a., soweit nöthig, in Compensation bringen zu wollen erklärt hat, als an sich begründet und liquid anerkannt und eine gänzliche Elidirung der Klage durch dieselbe nur deßhalb nicht angenommen hat, weil jene Forderung des Beklagten — wie vom Kläger replicando geltend gemacht worden — durch die nach § 3 des Vertrags vom 7. November 1859 dem klägerischen Cedenten zustehende Gegenforderung von fl. 9143. 54 kr. zum bei weitem größten Theile absorbirt sei, und nur der nach Abzug dieser Gegenforderung verbleibende Rest auf die eingeklagte Wechselschuld in Compensation gebracht werden könne;

Beklagter auch in voriger Instanz dieser Auffassung des Egebnisses der vor dem Stadtgericht gepflogenen Verhandlungen an sich nicht bestritten, vielmehr mittelst seines Grav. II., welches in der Ausführung S. 5 bis 11 des beklagtischen Appellationslibells seine nähere Erläuterung findet, nur bezweckt hat, auf Grund einer beim Appellationsgerichte zuerst vorgebrachten duplicarischen Erklärung zu dem Beweise zugelassen zu werden, daß die Forderung des klägerischen Cedenten aus § 3 des Vertrages vom 7. November 1859 schon vor Beginn des dermaligen Prozesses durch Zahlung und Compensation getilgt, mithin nicht geneigt sei, eine Minderung der beklagtischerseits in Gegenrechnung gebrachten Forderung von fl. 10,452. 48 kr. zu bewirken;

während dem Grav. III — wie eine Vergleichung mit den S. 12 u. f. des Appellationslibells gestellten Bitten zeigt — überall keine selbstständige Bedeutung zukam, dasselbe vielmehr nur bestimmt war, die aus den beiden ersten, auf Beweisnachlassung gerichteten Beschwerden von selbst sich ergebende Folgerung zu ziehen, daß die vom Stadtgericht ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten in Wegfall kommen müsse,

und hiernach es nur als eine unzulässige Erweiterung der beim Appellationsgerichte aufgestellten Beschwerden angesehen werden kann, wenn Beklagter jetzt, bei Ausführung seiner, eine Wiederholung von Grav. II und III voriger Instanz enthaltenden, ersten Beschwerde darzuthun versucht, daß die Replik des Klägers, weil neue Documente für dieselbe nicht beigebracht worden, und folgeweise nach § 90 der Provis. Prozeß-Ordnung, dem Beklagten ein rechtliches Gehör darüber

nicht zu eröffnen gewesen sei, bei der Entscheidung erster Instanz gar nicht habe in Betracht gezogen werden dürfen und deßhalb sofort auf Grund der beklagtischen Compensationseinrede, die Klage hätte zurückgewiesen werden müssen;

die erste Beschwerde gegenwärtiger Instanz vielmehr nur insoweit Beachtung finden kann, als sie über Versagung des oben gedachten, zur Elidirung der der Compensationseinrede entgegengestellten Gegenforderung bestimmten Beweises erhoben worden ist;

2. Das soviel die Begründung dieser Beschwerde anlangt, das Stadtgericht sowohl dem Wortlaute des angeführten § 90 der Provis. Proz. Ordnung als auch der auf möglichste Beschleunigung des Verfahrens in Wechselsachen gerichteten Intention des Gesetzgebers entsprechend verfahren ist, wenn es, nachdem der Kläger in seiner Gegenerklärung neue Documente nicht beigebracht, sondern nur aus einer vom Beklagten vorgelegten Urkunde zu seinen eigenen Gunsten Folgerungen abgeleitet hat, dem Beklagten ein weiteres Gehör hierüber nicht eröffnet, sondern alsbald in der Sache selbst erkannt hat;

indem es, nach Maßgabe der angeführten Gesetzesbestimmung im Allgemeinen als Pflicht des Wechselbeklagten angesehen werden muß, insofern er die aus seinen eigenen Vorlagen gegen ihn sich ergebenden Consequenzen nicht gelten lassen will, die zu deren Beseitigung geeigneten Thatsachen sofort in der Vernehmlassung auf die Klage anzuführen, beziehungsweise liquid zu stellen und besondere Umstände, wodurch in dem vorliegenden Falle eine Abweichung von dieser Regel gerechtfertigt wäre, so wenig geltend gemacht als ersichtlich sind;

vom Beklagten denn auch in voriger Instanz eine Beschwerde über versagtes rechtliches Gehör gar nicht erhoben, vielmehr umgekehrt anerkannt worden ist, daß nach dem erwähnten Art. 90 das schriftliche Verfahren mit der Replik geschlossen gewesen sei, und er sich über diese nicht mehr habe erklären dürfen,

der Versuch aber, eine Erklärung, die bereits in die Vernehmlassung auf die Klage gehört hatte, und mit der, nach erstatteter Replik der Beklagte in erster Instanz gar nicht mehr gehört werden durfte, als Novum in zweiter Instanz beizubringen, ohne gleichwohl auf neu entstandene oder neu aufgefundene Thatsachen sich berufen

zu können, als unstatthaft zurückzuweisen war, und es daher dem Beklagten nicht zur Verletzung gereicht, daß das Appellationsgericht dem neuen Vorbringen als nicht genügend substantiirt, die Berücksichtigung versagt hat;

3. daß die zweite Beschwerde gegenwärtiger Instanz, welche Beklagter darüber erhoben hat, daß vom Appellationsgerichte neben der Gegenforderung des klägerischen Cedenten im Betrage von fl. 9143. 54 kr. auch Zinsen derselben zu 5% vom 25. Dezember 1859 bis zum 31. Mai 1860 in Berechnung gebracht und demzufolge die von der Klagforderung in Abzug kommende Summe von fl. 1308. 54 kr. (wohin sie vom Stadtgerichte bestimmt war) auf fl. 1110. 47 kr. herabgesetzt worden ist, ebenfalls als unbegründet sich darstellt,

da Beklagter in § 3 des Vertrags vom 7. November 1859 versprochen hat, jene fl. 9143. 54 kr. bis zum 25. Dezember desselben Jahres zu bezahlen und bei festgesetztem bestimmten Zahlungstermine — wenn nicht nach Römischem Rechte, dann doch jedenfalls nach einer allgemeinen deutschen Praxis:

Vergl. Seufferts Archiv Bd. VI. S. 216. 217 und 230 i. f. Bd. X. S. 189. 190.

der Schuldner schon durch den fruchtlosen Ablauf jenes Termins und ohne daß es noch einer persönlichen Interpellation bedarf in Verzug versetzt, also zur Entrichtung von Zinsen verpflichtet wird;

4. daß, soviel den Kostenpunkt anlangt, die vom Appellationsgerichte ausgesprochene Erhöhung des von dem Beklagten zu tragenden Theiles der Kosten erster Instanz um ein Einundzwanzigstel dadurch gerechtfertigt erscheint, daß die auf die Klagforderung in Abzug zu bringende Summe von fl. 198. 7 kr. herabgesetzt, die Condemnation also um ebensoviel erhöht worden ist, daher auch die dritte Beschwerde gegenwärtiger Instanz als unbegründet sich darstellt;

während die über die Compensation der Kosten voriger Instanz geführte vierte Beschwerde als eine nur consecutive erscheint und mit Verwerfung der Beschwerden der Hauptsache ihre Erledigung findet;

endlich die Kosten gegenwärtiger Instanz vom Beklagten, als dem unterliegenden Theil allein zu tragen sind;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 26. November 1862, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

374.

J. & A. Strauß zu Erfurt, Kläger und Appellanten, gegen **Samuel Strauß,** Beklagten und Appellaten, Forderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 27. October 1864.

In Betreff der in gegenwärtiger Instanz allein zur Entscheidung stehenden Frage

> ob aus dem vom Beklagten behaupteten Umstande, daß die Kläger die ihnen am 17/19 September 1861 zugeschickte Abrechnung, worin die Worte enthalten waren: „Hierbei folgt zur Ausgleichung sämmtlicher Rechnung fl. 88. 55 kr.“, sowie diesen Betrag selbst an sich genommen und behalten haben, ohne alsbald, und zwar ohne früher als durch die im August 1862 erhobene Klage, dem Beklagten zu erkennen zu geben, daß sie die mit ihm bestehende Rechnung nicht als erledigt ansähen, eine Anerkennung der beklagtischerseits beabsichtigten Rechnungs-Ausgleichung zu folgern sei,

mußte dem Stadtgerichte beigetreten, folglich unter Beseitigung der vom Appellationsgerichte ausgegangenen Beweisanordnung, die beklagtische Einrede der abgemachten Sache verworfen werden.

Der Beklagte will in dem längeren Stillschweigen der Kläger nach dem Empfang der vorgedachten Abrechnung und in dem Behalten des der letzteren beigefügten Geldbetrages eine durch concludente Handlungen bekundete Erklärung derselben erblicken, daß sie mit der von ihm in Anregung gebrachten Rechnungs-Ausgleichung einverstanden seien; allein die vorangehenden Umstände rechtfertigen eine solche Annahme nicht. — Bis gegen das Ende des Juli 1861 hatten die

Parteien überhaupt nicht miteinander in Geschäftsverbindung gestanden und eine etwaige besondere im Laufe der Zeit zwischen ihnen üblich gewordene Verfahrungsweise, aus welcher hier Folgerungen in dem Sinne der Auffassung des Beklagten abzuleiten wären, hat mithin von diesem nicht geltend gemacht werden können. In der Zeit vom Juli bis zum Anfang des September kaufte der Beklagte von den Klägern im Ganzen 7 Posten, resp. von Leipzig und Altenburg nach Frankfurt zu liefernden Hafers. Die für diese Hafersendungen von den Klägern facturirten Beträge sind für sechs derselben (Nr. 1 bis 5 und 7) von dem Beklagten per appoint durch Baarzahlung oder Accept berichtigt. Der Fakturabetrag des noch übrigen Postens (Nr. 6,) belief sich nach der vom Beklagten nicht bestrittenen Angabe der Kläger auf fl. 280. Die Kläger machten jedoch diese letztgedachte Forderung nicht ihrem ganzen Umfange nach geltend, sondern erkannten eine Gegenforderung des Beklagten für vorgelegte Fracht, Accise und dergleichen von pro resto fl. 84. 3 kr. an. — Dies war der Stand des zwischen den Parteien obwaltenden Verhältnisses, als der Beklagte, ohne daß bis dahin Differenzen unter ihnen zur Verhandlung gekommen wären, eine Gesammtrechnung über die sieben Haferverkäufe aufmachte, darin indessen die Fakturabeträge wegen von ihm behaupteter Gewichtsmankos mit Abzügen aufführte, die Kläger mit gewissen neu geltend gemachten Unkostenbeträgen belastete und jene Gesammtrechnung sammt dem Soldo, welchen er nur schuldig zu sein erklärte wie oben bemerkt, den Klägern zusandte. — Dieser Handlung kann nach dem Bemerkten nur die Bedeutung einer vom Beklagten den Klägern gemachten Anzeige beigelegt werden, daß er einen Theil der von denselben aufgestellten Forderungen nicht anerkenne, den von ihm anerkannten Belauf jedoch berichtigen wolle und wirklich sofort berichtige. Daß nun das Unbeantwortetlassen einer solchen Anzeige und das Nichtzurückweisen des jedenfalls den Klägern von dem Beklagten zukommenden Geldbelaufs als ein durch concludente Facta bekundetes Gutheißen der Rechnungsmonita und Genehmigen der Rechnungs-Ausgleichung aufgefaßt werden könne, kann nicht mit einigem Schein des Grundes behauptet werden.

Anders würde vielleicht die Sache zu beurtheilen sein, wenn der Beklagte, nachdem Differenzen zwischen den Parteien zur Erörterung

gekommen gewesen wären, ein Vergleichungsquantum zu zahlen sich erboten und dieses als solches für den Fall der Annahme des Anerbietens den Klägern zugesandt hätte. Die Annahme und das Behalten eines so eingesandten Betrages seitens der Beklagten würden den Umständen nach als eine stillschweigend erklärte Genehmigung des proponirten Vergleichs angesehen werden können. Allein von einem Vergleichsquantum liegt hier nichts vor. Der Beklagte schickte einen Betrag ein, welcher, auch nach seiner Auffassung selbst für den Fall ein den Klägern zukommendes Liquidum war, wenn diese die vom Beklagten zu machen versuchten Abzüge sich nicht gefallen lassen wollten.

Der Beklagte suchte indessen auch auszuführen, daß, selbst wenn die Kläger nicht die Absicht gehabt hätten, durch ihr Stillschweigen auf die Zusendung vom 17/19. September ihre Uebereinstimmung mit der von ihm beabsichtigten Rechnungs-Ausgleichung zu erkennen zu geben, sie gleichwohl durch ihr Verhalten in solcher Weise sich präjudicirt hätten, daß sie nach den im Handelsverkehr geltenden Regeln über die Nothwendigkeit prompter Beantwortung empfangener Schreiben sich als consentirend behandeln lassen müßten. Hierin kann ihm indessen nicht beigepflichtet werden.

Um einen Rechtsnachtheil eintreten zu lassen — in einem Falle der vorliegenden Art, um den Consens des Nicht-Antwortenden selbst gegen dessen Willen als ertheilt anzunehmen, — bedarf es einer darauf gerichteten entweder in dem geschriebenen Recht oder in einer feststehenden Uebung begründeten Rechtsvorschrift.

Derartige Vorschriften enthalten z. B. die Art. 323, Abs. 1 und Art. 339, Abs. 4 des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuches, und ähnliche sind aus anderen Theilen des rechtlichen, insbesondere des commerciellen Verkehrs nachweislich. Hier fehlt es an einer solchen Bestimmung. Nirgendwo ist es als Regel ausdrücklich aufgestellt, oder gilt es in der Regel, daß ein Gläubiger desjenigen Theils seiner Forderung verlustig geht, den der Schuldner ihm bestreitet, falls er, der Gläubiger, nicht alsbald dieses Bestreiten als ein grundloses zurückweiset; und doch macht der Beklagte zufolge des Obigen ein Präjudiz in dieser Weise geltend.

Wenn der Beklagte insbesondere behauptet, daß es eine als schlechthin bestehend anzunehmende Verbindlichkeit des Empfängers

eines Conto-Corrent sei, seine etwaigen Monita gegen denselben alsbald bei Verlust derselben dem Einsender anzuzeigen, so kann es hier dahin gestellt bleiben, ob diese Annahme eine in dieser Allgemeinheit richtige ist; denn es liegt außer Zweifel, daß unter den Parteien ein Contocorrent-Verhältniß überhaupt nicht bestanden hat; in Beziehung auf welchen Punkt auf das oben über die zwischen ihnen gemachten Geschäfte Bemerkte zu verweisen ist.

Mußte somit das Erkenntniß des Appellationsgerichts in dem hier in Rede stehenden Theile aufgehoben und das Stadtgerichts-Erkenntniß in Betreff desselben wieder hergestellt werden, so war es gleichwohl bei der von den vorigen Richtern ausgesprochenen Compensation der einen Hälfte der Kosten zweiter Instanz wegen des Wechsels der Entscheidungen zu belassen, wie denn auch die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu compensiren waren.

375.

Justinian Maximilian von Günderode, Kläger und Appellat gegen die **Bauamts-Eisenbahn-Commission,** Beklagte und Appellantin, Entschädigungs-Anspruch betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 27. October 1864.

Die factischen Umstände, auf welche es in der vorliegenden Sache ankommt, sind folgende:

Die beiden, zu dem klägerischen Fideicommiß gehörig, auf dem Galgenfelde bei Frankfurt belegen gewesenen Ackerstücke XVI. Nr. 72 à 73 waren bis zum Jahre 1839 vermittelst eines fahrbaren Weges, welcher von der Promenade vor dem Taunusthor an den Ackerstücken vorbei nach der Mainzer Chaussee führte, von der Stadt zugängig. — Für den Zweck der Anlegung der um die vorgedachte Zeit ausgeführten Taunus-Eisenbahn wurden Theile jener beiden Ackerstücke expropriirt, zugleich aber auch der bezeichnete Weg beseitigt. Der Taunus-Eisenbahn-Gesellschaft war indessen in der ihr ertheilten Concession zur Pflicht gemacht, in dem Theile der Frankfurter Gemarkung, welche von der Eisenbahn-Anlage durchschnitten werden würde, für die Wiederherstellung der nöthigen Communication Sorge zu tragen. Es kam in Folge dessen zwischen dem Taunus-Eisenbahn-Comite und den Eigenthümern der betroffenen Ländereien, darunter auch dem Repräsentanten der oben bezeichneten Ackerstücke über den wegen Abschneidung der Communication zu leistenden Ersatz zu Verhandlungen vor der Polizeiamts-Feldsection. Aus dem darüber geführten Protokoll ergibt es sich, die klägerischen Ackerstücke anlangend, daß jene Verhandlungen zu der Verpflichtung der Taunus-Eisenbahn-Gesellschaft geführt haben, für die Herstellung einer von dem Ende der Taunusstraße nach der anzulegenden Eisenbahn, über diese und bei den Ackerstücken vorbei-

führende Communication (eines Feldweges und einer Eisenbahnüberfahrt) Sorge zu tragen.

Dieser Verpflichtung ist seitens der Taunus-Eisenbahn-Gesellschaft genügt worden und die unter anderen auch zu Gunsten der Besitzer der fraglichen Ackerstücke hergestellte Wegeanlage hat so lange zur Benutzung gedient, bis in den Jahren 1847—1850 der Bau der Main-Weser-Bahn ausgeführt und dadurch der Fortbestand des Feldweges — dessen Areal für die neue Eisenbahn-Anlage mit verwendet werden mußte — unmöglich wurde. Unbestritten ist es, daß die Betheiligten damals wegen der Entziehung der ihnen im Jahre 1839 zugesicherten Communication durch Einräumung eines Ersatzweges entschädigt werden sollten; bestritten dagegen, die klägerischen Ackerstücke betreffend, ob ein genügender Ersatz gegeben worden ist. Der Inhaber derselben ist damals zur Ausgleichung der erlittenen Einbuße auf einen neuen Weg verwiesen worden, welcher von jenen Ackerstücken an der Schützenhütte vorbei, nach der Mainzer Chaussee führte. Diesen Ersatz bezeichnet der Kläger als einen ungenügenden, und der Belauf, um welchen der Werth der Ackerstücke wegen der nach 1847/1850 gegen den Zustand vorher (seit 1839) minder guten Communication verringert worden sein soll, ist es, welchen der Kläger in dem gegenwärtigen Prozesse fordert. Der Kläger hat übrigens diesen Ersatz-Anspruch schon im Jahre 1860, als die beiden Ackerstücke (so weit sie nach den Vorgängen des Jahres 1839 dem Fideicommiß verblieben waren) für den Zweck der Erweiterung der Main-Neckar-Eisenbahn-Anlage gänzlich expropriirt wurden, mit geltend gemacht; er ist indessen in dem damaligen Verfahren mit demselben, jedoch nur angebrachtermaßen, abgewiesen worden, so daß der Geltendmachung in dem gegenwärtigen Prozesse kein Hinderniß entgegensteht.

Wenn nun die Beklagte gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 4. Juni 1862, durch welches — im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Stadtgerichts-Erkenntniß vom 3. März desselben Jahres — der Kläger zum Beweise von ihm behaupteten, im Vorstehenden näher berührten Werthverringerung und deren Belaufes zugelassen worden ist, die

Beschwerden 1 und 2 erhoben, und zwar beantragt hat, principaliter daß der Kläger mit seinem Anspruche ohne Weiteres ab-

gewiesen, eventualiter, daß außer dem von den früheren Richtern ihm aufgelegten Beweise, ihm auch die Beweisführung zur Pflicht gemacht werde, daß den beiden Ackerstücken eine (privatrechtliche) Servitut auf den Feldweg und die Eisenbahnüberfahrt zugestanden habe, so kann keinem dieser Anträge entsprochen werden.

Der Kläger hat den erhobenen Entschädigungsanspruch durch die Behauptung begründen zu können und vielleicht auch zu müssen geglaubt, daß das den beiden Ackerstücken im Jahre 1839 zugesicherte Recht auf den Bestand und die Benutzung des Feldweges und der Eisenbahnüberfahrt als eine wirkliche Servitut zu qualificiren sei, und die Beklagte hat diese Begründung der Klage freilich für eine rechtlich statthafte, zugleich aber auch für die allein mögliche erklärt, jedoch das Vorhandengewesensein einer Servitut mit Bestimmtheit geleugnet. Der Feldweg sei nämlich ein öffentlicher Weg, die Eisenbahnüberfahrt eine für die allgemeine Benutzung bestimmte Anlage gewesen, und dem Inhaber der Ackerstücke sei mithin im Jahre 1839 kein Privatrecht eingeräumt, sondern nur die Gelegenheit eröffnet, von jenem allgemeinen Benutzungsrecht Gebrauch machen zu können. Eventuell würde übrigens der Anspruch des Klägers schon im Jahre 1860, als er ihn zuerst gerichtlich geltend gemacht, weil die Servitut damals wegen mehr als zehnjährigem non-usus erloschen gewesen, nicht mehr existirt haben, und folglich sei auch jetzt ein Klagerecht des Klägers nicht mehr vorhanden.

Müßte bei der Beurtheilung des im Vorstehenden angegebenen Akten-Inhalts der Beklagten darin beigepflichtet werden, daß nur im Falle des Vorhandenseins einer S e r v i t u t eine Entschädigungspflicht auf ihrer Seite habe entstehen können, als sie in den Jahren 1847/1850 den Feldweg und dann auch selbstverständlich die Eisenbahnüberfahrt eingehen ließ und den gewonnenen Raum mit zu der damals neuen (Main-Weser-) Eisenbahn-Anlage verwendete, so würde Vieles dafür zu sprechen scheinen, die Klage auf Grund der ersten Beschwerde gänzlich abzuweisen. Denn die oben in Bezug genommenen Verhandlungen aus dem Jahre 1839 lassen kaum eine andere Auslegung zu, als daß ein ö f f e n t l i c h e r Weg hergestellt, nicht aber daß eine im Privateigenthum der Taunus-Eisenbahn-Gesellschaft befindliche oder in dasselbe damals übergehende Strecke Landes mit einer Wegedienstbarkeit

zu Gunsten gewisser Ackerstücke, darunter auch der klägerischen, habe belegt werden sollen. Dieser Punkt und die damit in Verbindung stehende Frage, ob nicht eventuell auf Grund der zweiten Beschwerde — abgesehen von der später zu berührenden Einrede des Erloschenseins durch non-usus — auf Beweis der Bestellung einer Servitut zu erkennen sei, können indessen auf sich beruhen bleiben, da nach dem, was vorliegt, es nicht in Zweifel zu ziehen ist, daß, wenn den klägerischen Ackerstücken auch keine Servitut eingeräumt worden sein sollte, dennoch dieselben im Jahre 1839 in eine solche Beziehung zu dem dann als öffentliche Anlage zu qualificirenden Feldweg nebst Eisenbahnüberfahrt gebracht worden sind, daß die aus deren Benutzbarkeit abzuleitenden Vortheile ohne Entschädigung weder ganz aufgehoben, noch in erheblicher Weise gemindert werden durften. — Es ist nämlich gewiß und erst kürzlich in der Frankfurter Sache

Hayn und Kulle ca. die Geschwornen des Metzgerhandwerks, Erk. vom 29. September 1864. *)

unter Verweisung auf

l. 1. § 38—42. Dig. de aqua quot. 43. 20.
l. 5, 6, 11. Cod. de aquaeductu. 11. 42.
l. 2. § 16. Dig. ne quid in loco publ. 43. 8.

übrigens auch schon früher in einer Hamburger Sache:

Direction der Elbwasserkunst ca. die hamburger Stadtkämmerei, April 1849 — Hamburg. Samml. II. S. 132.

ausgesprochen, daß Privaten an Gegenständen des publicus usus besondere Benutzungsrechte zustehen können, welche, wenn nicht als wirkliche Servituten, doch als servitutähnliche Rechte anzusehen sind und nicht minder des rechtlichen Schutzes, wie diese, zu genießen haben. Daß nun unter der hier gemachten Voraussetzung, daß dem Kläger eine wirkliche Servitut nicht zugestanden habe, ein Verhältniß der vorbezeichneten Art hier existent gewesen sei, ist nach dem oben über die Hergänge des Jahres 1839 Angeführten ebensowenig in Zweifel zu ziehen, wie daß nach dem Wortlaut und Geist des Frankfurtischen Expropriationsgesetzes (vergl. das in der vorliegenden Sache zur Anwendung kommende ältere Gesetz vom 22. Juni 1847 § 2 und 15)

---

*) Siehe Bd. VIII. S. 428.

die Aufhebung oder Beeinträchtigung einer solchen Berechtigung in Folge einer Expropriation nicht anders als unter voller Entschädigung statthaft erscheine.

Wollte man übrigens eine wirkliche Servitut als vorhanden gewesen annehmen, so würde die dann in Betracht kommende oben erwähnte Einrede der Beklagten, daß die Servitut schon im Jahre 1860 wegen mehr als zehnjährigen non usus erloschen gewesen sei, für verwerflich erachtet werden müssen.

Jener Einrede steht nämlich schon Das entgegen, daß durch die völlige Umgestaltung des den Feldweg enthaltenden Areals, auf welchem in den Jahren 1847/1850 die Anlage der Main-Weser-Bahn ausgeführt wurde, der Feldweg zu existiren aufhörte, und zwar ohne daß hiergegen rechtlich ein Widerspruch Seitens des Klägers erhoben werden konnte, so daß ein usus des Klägers faktisch unmöglich, und rechtlich unerzwingbar war, folglich ein non usus ihm nicht präjudiciren konnte.

Die fernere Einrede der Beklagten, daß der Kläger deshalb in den Jahren 1847/1850 eine Entschädigung nicht habe in Anspruch nehmen können, folglich auch jetzt keine hierauf gerichtete Klage habe, weil nicht Seitens der Behörde die in § 4 des Expropriationsgesetzes vorgeschriebene Bekanntmachung wegen der Entziehung erlassen, auch nicht das weitere Schätzungsverfahren eingeleitet und durchgeführt worden sei, stellt sich in Betracht des Umstandes, daß der Beklagten selbst die Unterlassung dessen, was ordentlicher Weise hätte geschehen müssen, zur Last kommt, als durchaus hinfällig dar.

Ebensowenig kann der von der Beklagten angerufene Art. 74 der Prov. Proz.-Ordnung als der Klage entgegenstehend angenommen werden, wegen welches Punktes auf die auch von den Parteien in Bezug genommene ausführliche Erörterung dieses Gegenstandes in dem Erkenntnisse:

> Gemeinde Dortelweil ca. die Beklagte 1856. Sauerländer'sche Sammlung, Bd. III. S. 31/33

zu verweisen ist.

Waren hiernach die erste und zweite Beschwerde als grundlos zu verwerfen, so mußte die

dritte Beschwerde für gegenstandslos geachtet werden.

Die Beklagte vermeint, der dem Kläger aufgelegte Beweis sei

nicht speciell genug formulirt; es habe nämlich bestimmt in dem Beweissatze angegeben werden müssen, daß es auf die Existenz und den Betrag des Schadens in dem Zeitpunkte ankomme, in welchem das den klägerischen Ackerstücken im Jahre 1839 eingeräumte Nutzungsrecht dem Kläger entzogen („der Weg qu. cassirt") worden sei, also in dem Zeitpunkt von 1847 (oder 1850), nicht etwa auf denjenigen von 1860, zu welchem die Ackerstücke schließlich ganz expropriirt worden seien. Allein es ist in dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts deutlich ausgesprochen, daß auf den Zeitpunkt 1860 nicht gesehen werden solle, wie denn dieses Zeitpunktes in der Beweisformel überhaupt keine Erwähnung geschehen ist. Es bedarf hiefür nur der Verweisung auf die Entscheidungsgründe pag. 5, es komme auf den Beweis an, daß „in Folge der angegebenen Wegeveränderung" die qu. Werthverminderung veranlaßt sei, und, es sei gleichgültig, ob die qu. Thatsache 1847 oder 1860 stattgefunden habe, „da von keiner Seite behauptet werde, daß die Werthverminderung in dem einen oder anderen Falle eine andere sein würde."

Die Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz folgte selbstverständlich aus der Verwerfung sämmtlicher beklagtischen Anträge.

376.

J. A. Karst, Handlung in Erfurt, Klägerin und Widerbeklagte, gegen **J. M. Brönner,** Handlung dahier, Beklagte und Widerklägerin, Forderung und Gegenforderung betreffend.*)

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 16. December 1863.

I. Die Widerklägerin hatte zunächst zu beweisen, daß die ihr von der Widerbeklagten gelieferten, hier in Rede stehenden Bohnen unreine große gewesen seien. In dieser Beziehung hat der von der Widerbeklagten vorgeschlagene Zeuge T. welcher die fraglichen Bohnen zufolge der Gegenbeweisantretung und der Aussage des Zeugen K. zur Spedition erhalten und selbst zwei Säcke davon bezogen hat, ausgesagt, daß dieselben keine egale Waare, sondern zum Theil groß und zum Theil klein, sowie auch durchaus nicht belesen, sondern nach hiesigen Begriffen mit Schmutztheilen versetzt gewesen seien, auch nicht, gleich den „belesenen" Bohnen sofort ohne weiteres Belesen zum Kochen hätten verwendet werden können. Ferner hat der Zeuge H., welcher zu der hier in Betracht kommenden Zeit, Commis bei der Widerklägerin war, deren Dienst aber schon seit Oktober 1861 verlassen hat und daher als ein klassischer Zeuge anzusehen ist, deponirt, daß er die fraglichen Bohnen s. Z. dahier besichtigt und sie unrein und schlecht befunden habe. Dagegen hat der Zeuge K., welcher zwar das fragliche Geschäft als Agent der Widerbeklagten vermittelt hat, jedoch andererseits Geschwisterkind mit dem Inhaber der widerklagenden Handlung ist, erklärt, daß die fraglichen Bohnen von derselben Qualität gewesen seien wie vielfache andere Sendungen, welche er als kleine belesene Bohnen unbeanstandet an andere Häuser geliefert habe. Was endlich die Zeugen P. und Sch. betrifft, so haben dieselben zwar nach den Aussagen

---

* Siehe Bd. VII. S. 244—249.

der Zeugen K. und T. unzweifelhaft einen Theil der streitigen Bohnen bezogen, da P. sich wegen Länge der Zeit aber des betreffenden Geschäftes nicht mehr mit genügender Bestimmtheit erinnern kann und er sowohl, wie Sch. erklärt haben, daß sie nicht wüßten, was man dahier unter kleinen belesenen Bohnen verstehe, diese Zeugen auch nur einen Theil der streitigen Bohnen erhalten haben, so kann auf deren Aussagen kein irgend entscheidendes Gewicht gelegt werden. Da demnach der Beweissatz der Widerklägerin zwar von zwei Zeugen vollständig bestätigt, jedoch von einem, wenn auch nicht klassischen Zeugen, einigermaßen in Zweifel gestellt wird, so erscheint es gerechtfertigt die Widerklägerin zum Erfüllungseide zuzulassen.

II. Was dagegen den weiteren Beweis betrifft, daß die Linsen nicht nach Muster geliefert worden seien, so erscheint derselbe schon jetzt als vollständig erbracht. Denn nicht nur ist die Identität der Probe nunmehr durch den Eid der Widerklägerin außer Zweifel gestellt, sondern die drei Sachverständigen haben ihr früheres Gutachten auch dahin vervollständigt, daß die Nichtmustermäßigkeit der gelieferten Linsen auf keinen Fall durch die verschiedene Aufbewahrungsweise der Probe und der gelieferten Waare veranlaßt worden sein könne. Es braucht daher auch kaum noch besonders hervorgehoben zu werden, daß auch der Zeuge H. die Verschiedenheit der Probe und der gelieferten Linsen bestätigt hat.

III. Der Beweis unter II. 3. des Erkenntnisses [37] ist durch das Zugeständniß der Widerbeklagten erledigt.

Hiernach wird zu Recht erkannt:

A. Würde der Inhaber der widerklagenden Handlung bei Vermeidung des Rechtsnachtheiles der Eidesweigerung schwören:

daß die streitigen Bohnen unreine große gewesen seien,

so soll die Widerbeklagte schuldig sein derselben binnen 14 Tagen für entstandenen Schaden fl. 454. 10 kr. nebst 5 % Zinsen vom 20. April 1861 an, ferner fl. 103 für ausgelegte Fracht und fl. 12. 22 kr. für Lagerspesen und Arbeitslohn, vorbehältlich weiterer Liquidation solcher Spesen, zu bezahlen, sowie derselben die Streitkosten, soweit nicht bereits darüber erkannt worden, nach richterlicher Feststellung zu ersetzen.

B. Für den Fall, daß der Eid unter A nicht geleistet werden sollte, bleibt abändernde Verfügung vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 21. März 1864.

Auf Appellation der Klägerin.

Bei Beurtheilung des Gewichts des Beweises und Gegenbeweises kommt Folgendes in Betracht:

Von dem Zeugen der Widerklägerin weiß der Zeuge J. über die Beschaffenheit der gelieferten Bohnen aus eigener Wahrnehmung nichts auszusagen, dagegen deponirt zwar ebendaselbst der widerklägerische Zeuge H. die Muster, welche er von der Bohnensendung auf dem Bahnhofe geholt habe, seien „unreines schlechtes Zeug" gewesen, allein der Werth dieser ohnehin höchst vagen Angabe erscheint den Depositionen des Gegenbeweiszeugen T. und des beiderseitigen Zeugen K. gegenüber sehr gering. Nach Aussagen des Zeugen T. waren die gelieferten Bohnen nicht als große zu bezeichnen, sondern es waren kleine und große Bohnen durcheinander, auch waren die Bohnen zwar nicht im Sinne der hiesigen, wohl aber der „Erfurter Händler" belesene. Und es muß angenommen werden, daß durch die Untermischung von großen Bohnen die Qualität der Bohnen als kleiner Bohnen nicht wesentlich alterirt war, da nach Aussage des beiderseitigen und daher von keinem Theile hinsichtlich seiner Glaubwürdigkeit zu bemängelnden Zeugen K. die nämlichen Bohnen an Andere als „kleine belesene Bohnen" unbeanstandet geliefert wurden, wofür einigermaßen auch das Zeugniß von P. und Sch. spricht. — Unter diesen Umständen muß, zumal mit Rücksicht auf die Vorschrift der Ref. Thl. I. Tit. 39, § 8 auf den Eid der Widerbeklagten erkannt werden.

Aus diesen Gründen wird das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 16. Dezember 1863 dahin abgeändert:

1. Der Inhaber der widerbeklagten Handlung J. A. Karst zu Erfurt, Carl Ludwig daselbst, hat in einer anzuberaumenden Tagfahrt bei Vermeidung des Rechtsnachtheils der Eidesverweigerung zu schwören:

   daß die streitigen Bohnen kleine und belesene gewesen seien.

2. Würde derselbe diesen Eid nicht leisten, so soll er, wie unter A. des Stadtgerichtserkenntnisses enthalten, verurtheilt sein.
3. Leistet er dagegen den obigen Eid, so ist die Widerklägerin mit ihrem Entschädigungsanspruch aus der Bohnenlieferung ab- und zur Ruhe zu verweisen, und ist wegen ihres Entschädigungsanspruchs aus der Linsenlieferung, sowie wegen der Streitkosten weiter zu erkennen was Rechtens.

Die Streitkosten dieser Instanz werden verglichen und hat Appellat dem Appellanten den Protokoll- und Urtheilsstempel zur Hälfte zu vergüten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. October 1864.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 21. März 1864, wie hiemit geschieht, wieder aufzuheben, und das Stadtgerichts-Urtheils vom 16. December 1863, jedoch unter Fassung der Eidesformel dahin:

daß die streitige Waare keine kleinen belesenen Bohnen gewesen seien,

herzustellen sei.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz sind zu vergleichen; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 16. December 1863 war auf Grund der von dem Widerkläger erhobenen Beschwerde insoweit wiederherzustellen, daß diesem der Erfüllungseid auferlegt werden mußte.

Der Sinn des rechtskräftigen Beweisinterlocuts vom 7. April 1862, „daß die Bohnen unreine große gewesen seien," kann in Bei-

halt des Contractabschlusses und der Vorverhandlungen, wie bereits vom Stadtgericht unterm 14. September 1863 anerkannt worden ist, nur der sein, daß dem Widerkläger obliege, zu beweisen: Die Waare habe die bedungene Eigenschaft von kleinen belesenen Bohnen nicht gehabt. Es wird daher darauf ankommen, zu untersuchen, in wieweit dieser Beweis in Ansehung der Kleinheit und in wieweit er in Ansehung des Belesenseins durch die Aussagen der Zeugen erbracht sei.

Unter diesen war der Beweiszeuge J. unberücksichtigt zu lassen, da seine Aussage nur auf Hörensagen beruht, und dieses in einem Falle der vorliegenden Art keine Beachtung finden kann. Ebensowenig kommen die Gegenbeweiszeugen P. und Sch. aus Basel in Betracht, da sie nach ihrer wenig bestimmten Aussage mit dem Sprachgebrauch zu Frankfurt in Betreff der Bezeichnung „kleine belesene Bohne" überall nicht bekannt sind.

Von den übrigen Zeugen war der Beweiszeuge H. als classisch zu betrachten, da sich sein Dienstverhältniß zum Widerkläger bereits vor seiner Vernehmung gelöst hat. Nicht minder aber auch der Gegenbeweiszeuge K., da er von beiden Parteien, gleichgültig ob über denselben oder über verschiedene Beweissätze, vorgeschlagen ist, und es sonach nicht darauf ankommt, ob sein Verwandtschaftsverhältniß zum Widerkläger oder seine Eigenschaft als Agent des Widerbeklagten ihn mehr oder weniger unglaubwürdig machen. Alle drei vernommene Personen sind als sachverständige Zeugen anzusehen und hiernach ihre Aussagen zu würdigen.

Am ausführlichsten ist die des Gegenbeweiszeugen T. Er giebt

1. In Betreff der Größe der Bohnen an, man verstehe in Frankfurt unter kleinen Bohnen solche, die in der Größe richtig sortirt seien, und die in Rede stehende Waare sei keine egale gewesen, sondern kleine und große Bohnen durcheinander. Dem gegenüber steht die Aussage von K., welcher sich über den Begriff „kleine Bohnen" nicht ausgelassen, hinsichtlich der fraglichen Lieferung dagegen angegeben hat, sie sei seiner Ansicht nach von dem Widerbeklagten richtig beschafft, mit der Motivirung, er habe Bohnen gleicher Qualität als „kleine belesene" für diesen vielfach und ohne Beanstandung an andere Häuser geliefert. Verliert nun gleich der Werth der ersten Aussage hiedurch einigermaßen, indem die zweite den Ausspruch enthält, daß die Waare als

kleine Bohnen characterisirt werden konnte, so läßt sich gleichwohl erkennen, daß der angegebene Grund für die Auffassung nicht völlig schlüssig ist, da die Nichtbeanstandung ebensowohl daran gelegen haben kann, daß die Bohnen gedachte Eigenschaft hatten, als daran, von Weiterungen abzustehen. Kommt nun hinzu noch die Angabe des Zeugen H., welcher, indem er die in Rede stehenden Bohnen als „unreines schlechtes Zeug" bezeichnet, es zwar an der erforderlichen Genauigkeit und Begründung hat fehlen lassen, sich gleichwohl, wie aus dem Gegensatz zum Inhalt der Bestellung stillschweigend entnommen werden darf; doch dahin ausspricht, daß den Bohnen die Eigenschaft der Kleinheit gefehlt habe, so mußte es diesem Allen zufolge zweifelhaft erscheinen, ob der Beweis des Widerklägers in Ansehung des ersten Erfordernisses soweit für geführt erachtet werden konnte, um demselben einen Erfüllungseid aufzuerlegen. Es bedurfte jedoch einer desfallsigen Entscheidung nicht, da

2. der Beweis, daß die übersandten Bohnen keine belesene gewesen seien, durch die vereinten Aussagen der gedachten drei Zeugen soweit geführt ist, um auf gedachten Eid zu erkennen. T. giebt an, in Frankfurt betrachte man als belesene Bohnen nur solche, welche sofort zum Kochen verwendet werden könnten, ohne daß die Köchin sie nochmals belese; und in diesem Sinne hätten die fraglichen Bohnen sich durchaus nicht als belesene bezeichnen lassen. H. hat sie als unrein bezeichnet und selbst K. weiß sich nicht mehr zu erinnern, ob noch einige Schmutztheile unter den gelieferten Bohnen gewesen seien. Er schwächt also hierdurch seine obgedachte Deposition in dem Maße, daß das Uebergewicht offenbar auf der Seite des Beweisführers ist. Wenn aber T. hinzufügt, daß die Erfurter Händler auch solche Waare als belesene bezeichneten, welche noch einige Schmutztheile enthielten, und wenn K. diese Angabe dahin bestätigt, daß nach der Natur des Geschäfts der Erfurter Handlungen nicht ein Sack gerade so wie der andere fallen könne, so kommt es hierauf gegenwärtig nicht an, da nicht der Erfurter, sondern der Frankfurter Sprachgebrauch hier, wie obbemerkt, entscheidend und dieser durch T.'s Aussage mindestens zur Hälfte dargethan worden ist.

Fehlt es nun gleich in den Akten an thatsächlichen Momenten, aus denen sich entnehmen ließe, ob der Ausdruck des Beweisurtheils

„große unreine Bohnen" copulativ oder disjunctiv aufzufassen sei, so war gleichwohl die letztere Auffassung um deswillen zum Grunde zu legen, weil eine Waare, welche bestellungsmäßig zwei Eigenschaften haben soll, der Bestellung nicht entspricht, sobald es an einer derselben fehlt. Es mußte mithin genügen, wenn der Beweis für eine jener Eigenschaften bis zum Erfüllungseide für geführt zu erachten war. Gleichwohl konnte es nach Maßgabe der Beschwerden nicht für zulässig erachtet werden, in der Eidesformel eine Aenderung vorzunehmen, welche es dem Widerkläger gestattete, nur eine der gedachten Eigenschaften zu beschwören. Dagegen empfahl es sich im Interesse der Deutlichkeit an der Stelle der Worte des Beweisurtheils, welche das Stadtgericht in die Eidesformel aufgenommen hat, die Worte des Contractes zu setzen — eine Aenderung, welche unbedenklich war, da bei der Auferlegung von richterlichen Eiden die Worte des Beweisurtheils, nach wiederholten Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts nicht ausschließlich maßgebend sind.

Die Vergleichung der Kosten beider höheren Instanzen war eine Folge des Wechsels der Entscheidungen.

377.

G. C. A. Graf, Kläger jetzt Appellat, gegen **J. F. Weinsperger,** Beklagten jetzt Appellanten, Entschädigungsforderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

vom 14. November 1864.

I. Der Beklagte verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde, wie in grav. 1 der vorigen Instanz, Abweisung des im ersten Abschnitt der Klage erhobenen Anspruchs auf Rückvergütung von fl. 3000. — jetzt nur noch fl. 2571. 25 kr. von dem für das Haus Lindenstraße Nr. 7 bezahlten Kaufpreise im Betrage von fl. 24,000.

Die Klage ist darauf gestützt worden, daß der Beklagte vor Abschluß des Kaufvertrags vom 15. Juni 1861 durch absichtlich falsche Angaben über den Miethvertrag des Hauses den Kläger verleitet habe, einen um die angegebene Summe zu hoch bemessenen Kaufpreis zu bewilligen; sie ist daher als eine auf dolus des Verkäufers gegründete actio emti aufzufassen. Der Beklagte hat nun

A. die Klage deshalb als rechtlich unbegründet angefochten, weil die Höhe des Miethertrags, welchen das Haus zufällig zur Zeit des Vertragsabschlusses geliefert habe, vorübergehender Natur sei, keinen Schluß auf die fernere Ertragsfähigkeit des Hauses zulasse, und somit keinen bleibenden Minderwerth des Hauses ergebe, der Kläger vielmehr über den wahren Miethwerth und den daraus zu schließenden Sachwerth sich selbst sein Urtheil zu bilden gehabt habe, und die Angaben des Beklagten über den derzeitigen Miethertrag nur als unverbindliche Anpreisungen anzusehen seien. Hier ist nun

1. allerdings zu berücksichtigen, daß es sich nicht etwa um eine fehlerhafte Beschaffenheit des Hauses oder den Mangel versprochener

Eigenschaften handelt, um deren willen Preisminderung verlangt würde, sondern lediglich um die höhere oder geringere Ertragsfähigkeit des Hauses und den Einfluß, welchen die Vorstellung des Käufers darüber auf die bewilligte Höhe des Kaufpreises haben konnte. So wenig es indeß einem Zweifel unterliegt, daß irrige Vorstellungen eines Contrahenten über den Werth des Kaufobjects an sich, von laesio enormis abgesehen, ohne rechtliche Folgen bleiben, so gewiß ist es, daß der dolus der Mitcontrahenten, wodurch ein solcher Irrthum hervorgerufen oder benutzt worden ist, Ansprüche auf Ausgleichung begründet;

vergl. l. 9 pr. D. de dolo (4. 3) mit

l. 14 § 1. D. de hered. vel act. vend. (18. 4)

selbst dann, wenn die betrügliche Einwirkung nur in allgemeinen Anpreisungen bestand,

l. 37. D. de dolo,

auf welche übrigens das hier in Frage stehende Verhalten des Beklagten sich in keinem Falle beschränkt hat. Es kommt aber

2. darauf an, näher zu bestimmen, worin der Anspruch des Betrogenen bestehe. Das Stadtgericht scheint von der Ansicht ausgegangen zu sein, daß stets ein Verkauf über oder unter dem wahren Werth des Objects vorausgesetzt werde, und wenn nicht Rescission des ganzen Vertrages beantragt sei, die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem wahren Werth der Sache den Gegenstand der Forderung bilde, weshalb es denn dem Kläger den Beweis aufgelegt hat, daß das Haus, weil sein Miethertrag statt fl. 1400 nur fl. 1250 ausmachte bis zu fl. 3000 weniger werth gewesen sei, als fl. 24,000.

Dieser Ansicht — von welcher aus die Aufrechthaltung der Klage, in Ermangelung einer dem eben erwähnten Beweissatz entsprechenden bestimmten Behauptung des Klägers, erheblichem Bedenken unterliegen würde — kann jedoch nicht beigepflichtet werden.

Nach den allgemeinen Grundsätzen vom dolus darf der Betrogene verlangen, daß er von dem nachtheiligen Einfluß seines Irrthums über den Werth des Kaufobjects befreit werde. Inwiefern dies zu einer Rescission des ganzen Contractes führen könne,

vergl. Frankfurter Sache Koch ca. Gemeinde Groß-Heubach. Januar 1850*),

*) Siehe S. 490.

steht hier nicht in Frage. Bleibt aber der Contract aufrecht erhalten, so geht das angedeutete Interesse des Betrogenen, sofern nicht etwa besondere Umstände noch weitere Ansprüche begründen, dahin, daß der Kaufpreis um so viel erhöht oder vermindert werde, als die von ihm irrig vorausgesetzte Thatsache auf die Festsetzung des Preises bestimmend einwirken mußte, mochte übrigens der Kaufpreis dem wahren Werth des Objects in seiner vorausgesetzten Beschaffenheit entsprechen oder nicht. Diese der sententia a qua zu Grunde liegende Auffassung findet in den Quellen volle Bestätigung. Der Fall, wenn Jemand von seinem Mitcontrahenten über den Werth des Kaufobjects getäuscht worden ist, wird ganz ebenso behandelt, als der einer Preisminderung wegen unbekannter Fehler oder Lasten einer verkauften Sache. Wie im letzteren Falle der Preis herabgesetzt wird, quanto emtor minoris esset emturus, so soll auch im ersteren dem getäuschten Käufer vergütet werden, was er bei Kenntniß der Wahrheit weniger gegeben haben würde,

l. 13, § 4. D. de act. emt.
vergl. mit Pauli recept. sent. II. 17, § 6.

und dem getäuschten Verkäufer der Betrag nachgezahlt werden, um welchen er den Preis irrthümlich zu gering bemessen hatte.

l. 13, § 5. D. eod.

Es soll also überhaupt der Irrthum des Betrogenen in seinem Einfluß auf die Preisbestimmung geschätzt und der so ermittelte Betrag vergütet werden, wie es in anderen Stellen heißt dolum malum aestimari oportet.

l. 68, § 2. D. de contr. emt. (18. 1.)
l. 6, § 9. D. de act. emti.

Diese Aussprüche der Quellen dürfen freilich nicht, wie es wohl versucht worden ist,

vergl. Hermann in der Zeitschr. für Civilr. und Proz., N. F. Bd. VIII. S. 123 f. 129 f.

so gedeutet werden, als ob bei der Abänderung des Preises die subjectiven Ansichten und Neigungen des Betrogenen zu entscheiden hätten. Das „quanto minoris emturus esset“, welches dem getäuschten Käufer zu Statten kommen soll, ist vielmehr der bezeichnende Ausdruck dafür, daß nicht etwa der Kaufpreis auf den wahren Werth der Sache

zu reduciren sei, sondern der vom Käufer einmal bewilligte Preis die Grundlage bleibe, und nur in gleichem Verhältniß als die Sache nach objectivem Maßstab weniger werth ist, herabgesetzt werde. Es ist nicht eine Vermuthung aufzustellen, zu welchem Preise gerade dieser Käufer nach erkanntem wahren Sachverhalt sich wohl entschlossen haben würde, sondern es ist zu fragen, was mußte jeder Käufer, welcher von seiner irrigen Voraussetzung aus den bestimmten Preis gegeben hätte, nach entdecktem Irrthum vernünftiger und consequenter Weise für die Sache bieten.

3. Wendet man das vorstehende theoretische Resultat auf den vorliegenden Fall an, so kann darüber kein Zweifel obwalten, daß, wenn der Kläger bei Abschluß des Kaufes befugt war, die Angaben des Beklagten über den Miethertrag des Hauses zur Grundlage seiner Vorstellung vom Werth des Hauses und seiner Preisbestimmung zu nehmen, die Differenz zwischen dem fälschlich angegebenen und dem wirklichen Miethertrag sich von selbst als diejenige darstellt, welche den Maßstab für die Herabsetzung des Kaufpreises zu bilden hat, die Berechnung des Appellationsgerichtes also die richtige ist. Auch wird mit Unrecht vom Beklagten erinnert, daß die Anwendung dieser Berechnungsart, weil sie vom Kläger nicht geltend gemacht worden, unzulässig sei. Denn es handelte sich dabei nur um die rechtlichen Folgerungen aus den vom Kläger angeführten Thatsachen und um die Beseitigung einer Zuvielforderung.

Alles kommt daher auf die Frage an, ob der Kläger sich seine Meinung von dem Werth des Hauses nach den Angaben des Beklagten über den Miethertrag desselben habe bilden dürfen und voraussetzlich gebildet habe, ob also in jenen Angaben der Grund zu einer irrthümlichen Veranschlagung des Preises gefunden werden müsse. Daß der Kläger das Haus nicht als Luxusgegenstand, sondern zu dem Zwecke kaufte, um mittelbar oder unmittelbar eine Rente daraus zu ziehen, kann nach den Umständen nicht zweifelhaft sein. In einem solchen Falle aber liegt es in der Natur der Sache, daß die Höhe des Miethzinses, welchen ein Haus zur Zeit des Verkaufs liefert, dem Käufer ein Hauptmoment für die Schätzung des Werthes sein muß. Es hängt allerdings von den Umständen ab, wie sicher der Schluß aus dem Miethertrage sei; es können in der Beschaffenheit

des Hauses selbst oder in dem Inhalte der Mietherträge, z. B. wenn sie nur auf ganz kurze Zeit abgeschlossen waren, Gründe liegen, den Schluß unbrauchbar oder bedenklich zu machen. In der Regel aber wird die Voraussetzung, daß die Miether ihre Wohnungen nicht zu theuer bezahlen werden, ein zuverlässigeres Resultat gewähren, als das eigene, aus verschiedenen zum Theil schwer erkennbaren Momenten zu combinirende Urtheil des Käufers. Der Schluß auf die fernere Zukunft hin, bleibt in einem wie im anderen Falle immer ein unsicherer, weil der Wechsel der Conjunctur sich nicht voraussehen läßt. Abgesehen von besonderen Umständen jener Art darf man daher annehmen, daß jeder Käufer eines Grundstücks sich in seiner Werthschätzung ohne Weiteres nach dem dermaligen Miethertrag richten wird und daß folgeweise eine Täuschung über den Miethertrag auch eine Täuschung über den vorausgesetzten Sachwerth in sich schließe. Diese Annahme wird durch das in

l. 49. pr. D. de act. emti

gegebene Beispiel eines solchen Falles entschieden bestätigt. Denn daß die hier ausgesprochene Haftung des Verkäufers sich nicht etwa auf ein Einstehen für die von dem vorgeschobenen Pachter zu beziehende 5jährige Rente, sondern auf die Anfechtung des Kaufcontracts selbst bezieht, wird durch den zweiten Theil der Stelle außer Zweifel gesetzt.

vergl. Finestres, Hermogenianus T. I. p. 471 sq.

Im vorliegenden Falle ist über die Beschaffenheit des ohnehin erst neu erbauten Hauses nichts angeführt worden, was den Kläger hätte abhalten müssen, den Miethertrag zum Maßstabe seiner Werthschätzung zu machen und die vorgelegten beiden Miethcontracte waren fest auf 3 Jahre abgeschlossen und konnten daher ebenfalls zu keinem Bedenken Anlaß geben. In der Art und Weise, wie das Haus öffentlich ausgeboten worden war — der Angabe einer bestimmten Summe, zu welcher sich das Haus verinteressire und zugleich einer bestimmten Summe, welche als Kaufpreis gefordert wurde — mußte vielmehr für den Kaufliebhaber ein verstärktes Motiv liegen, sich in seinem Entschluß gerade nach diesen Angaben zu richten. Hatte sonach der Kläger guten Grund, das Haus, soweit es vermiethet war, nach dem angegebenen Miethvertrag zu schätzen, so wird durch die Un-

richtigkeit der ihm gemachten Angabe auch der entsprechende Irrthum in der Veranschlagung des Preises genügend begründet.

B. Der Beklagte hat ferner die Klage als nicht gehörig substantiirt angefochten; und zwar meint er

1. es fehle an der Angabe wahrhaft betrügerischer Vorspiegelungen des Beklagten über den Werth des Kaufobjects. Allein die Klage sagt, daß der Beklagte dem Kläger den Miethertrag der 3 Etagen des Hauses um je fl. 50 höher, als er in Wirklichkeit gewesen, angegeben und hinsichtlich des Parterre- und des zweiten Stocks diese Angabe durch Vorlegung schriftlicher Miethcontracte bestärkt habe; und am Schluß wird ausdrücklich behauptet, der Kläger habe vermöge der betrügerischen absichtlichen Vorspiegelungen des Beklagten die daselbst bemerkte Summe zuviel bezahlt. Es ist also klar, daß behauptet werden sollte, die Angaben über den Miethertrag nebst der Vorlegung der Miethcontracte seien im Bewußtsein der Unrichtigkeit und in der Absicht gemacht worden, den Kläger zu einem höheren Kaufpreis zu bestimmen. Im Uebrigen widerlegt sich der Einwand durch das bisher Ausgeführte.

2. Ueber die angebliche Täuschung in Betreff des an K. vermietheten zweiten Stocks sei in der Klage nur eine ganz unklare Behauptung aufgestellt worden, und die in der Replik nachgetragene Ergänzung sei als verspätet nicht zu berücksichtigen. Es ist jedoch schon in der Klage die bestimmte Behauptung enthalten, die Miethe für die K.'sche Wohnung, so wie sie in dem vorgelegten Miethvertrag beschrieben sei, betrage blos fl. 400 und nicht, wie angegeben, fl. 450; und auf diese Behauptung konnte es, um den Kläger objectiv als getäuscht darzustellen, allein ankommen; die weiteren Angaben der Replik, daß K. für die in der Contractsurkunde beschriebene Wohnung nicht mehr als fl. 400 habe geben wollen, und nur für zwei ihm ferner eingeräumte Piecen vermöge mündlichen Nebenvertrags noch fl. 50 zahle, machten zwar den Sachverhalt deutlicher, waren aber für den Klaggrund selbst nicht wesentlich.

3. In Bezug auf den ersten Stock könne von einer Täuschung keine Rede sein, da er gar nicht vermiethet gewesen sei, der Kläger ihn vielmehr nach dem Beklagten selbst bezogen, und zu beurtheilen gehabt habe, wie hoch er die Wohnung für sich anschlage. Allein die

Klage ist hier auf eine indirecte Täuschung gestützt und genügend substantiirt worden. Es steht fest, daß beide Theile den Miethwerth des ersten Stocks zu fl. 500 anschlugen, und der Beklagte noch 2 1/2 Monate nach dem Verkauf für eine dem entsprechende Vergütung darin wohnen blieb. Nun behauptet der Kläger, von ihnen Beiden sei jener Anschlag aus dem Miethertrag des Parterre- und des zweiten Stocks von je fl. 450 gefolgert worden. Ob der Beklagte sich auf diese Folgerung berufen hatte, wie es in der Klage heißt, ist offenbar gleichgültig; es kann nur darauf ankommen, ob der Kläger zu dem Schluß berechtigt war, und das muß ohne Zweifel angenommen werden, wenn die weitere Behauptung der Klage richtig ist, daß bei Miethpreisen von diesem oder ähnlichem Betrage der erste Stock um etwa fl. 50 höher vermiethet zu werden pflege, als das Erdgeschoß oder der zweite Stock. Denn wenn dieses Verhältniß wirklich das gewöhnliche und herkömmliche ist, so dürfte der Kläger auf Grund der Angaben über den Miethertrag von Parterre und zweitem Stock ohne Weiteres überzeugt sein, daß der erste Stock sich zu fl. 500 vermiethen lasse, was ihm denn auch noch durch die entsprechende Vergütung des Beklagten bestätigt wurde; und andererseits folgt ebenso daraus, daß, wenn jener Miethertrag nur in je fl. 400 bestanden, auch der Miethwerth des ersten Stocks von ihm nur zu fl. 450 angeschlagen werden konnte. Die Täuschung über den ersteren daher die Täuschung über den letzteren in sich schloß. Es wäre zwar denkbar, daß eine besondere Beschaffenheit des ersten Stocks in concreto eine Abweichung von dem üblichen Verhältniß motivirte und diesem Stock, unabhängig von dem sonstigen Ertrag des Hauses, einen Miethwerth von fl. 500 verleihe. Allein dem Kläger konnte nicht obliegen, die Negative zu behaupten, daß hier keine solche Abweichung stattfinde, es wäre vielmehr Sache des Beklagten gewesen, sich auf die besondere Qualität des ersten Stocks zu berufen, was aber nirgends geschehen ist.

C. Der Beklagte hat eventuell noch in Bezug auf jeden der beiden fraglichen Miethverträge eine Einrede vorgeschützt, nämlich

1. der Kläger habe bis zum Auszuge des Herrn K. wegen des geringeren Miethzinses keine Reclamation erhoben, wodurch jeder daraus herzuleitende Anspruch erloschen sei;

2. Beklagter habe dem Kläger den Minderbetrag der von M. zu zahlenden Miethe, in jährlich fl. 50 bestehend, gleich bis zum Ende des Miethcontracts in einer Summe vergütet, und in der Annahme dieser Vergütung liege ein vergleichsweiser Verzicht auf jede weitere Entschädigung.

Die Grundlosigkeit dieser Einreden ist indessen so einleuchtend, daß sie keiner Ausführung bedarf.

Nach dem allen mußte die erste Beschwerde als unbegründet verworfen werden.

II. Die zweite Beschwerde des Beklagten geht dahin, daß nicht nur der vom Stadtgericht dem Kläger auferlegte Beweis über den Minderwerth des Hauses beizubehalten, sondern auch demselben weiter zu beweisen aufzugeben gewesen wäre:

daß Beklagter sich betrügerischer Vorspiegelungen über den damaligen Werth des Hauses schuldig gemacht habe,

und nicht wenigstens ausgesprochen worden sei, daß nur von einem Minderertrage des Hauses bis zu fl. 1350 herab die Rede sein könne.

1. Die Entbehrlichkeit der stadtgerichtlichen Beweisauflage, und somit die Grundlosigkeit des ersten Theils der Beschwerde, ist schon oben gezeigt worden.

2. Was den zweiten Theil der Beschwerde betrifft, so fragt es sich zunächst, ob das darin enthaltene Verlangen formell statthaft sei, da der Beklagte in voriger Instanz seiner ersten auf Abweisung der Klage gerichteten Beschwerde nur eine die Höhe des wirklichen Miethertrages aus dem Hause betreffende eventuelle Beschwerde (wesentlich mit dem dritten Theil der jetzigen übereinstimmend) beigefügt hat. Indessen konnte dieses Bedenken nicht für begründet erachtet werden. In Grav. 1 lag es unbezweifelt als ein minus, daß dem Kläger erst noch weitere Beweise über den Klaggrund aufzulegen seien.

Wie das Ober-Appellationsgericht aber schon öfters ausgesprochen hat, schließt die Aufstellung einer principalen und einer eventuellen Beschwerde die Berücksichtigung eines zwischen beiden liegenden Resultats nur dann aus, wenn nach dem Verhältniß beider Beschwerden anzunehmen ist, daß der Appellant einen in der Mitte liegenden Antrag selbst nicht beabsichtigt habe. Das läßt sich nun hier nicht sagen, weil

Grav. 2 sich mit der Eventualität, daß das Durchdringen der Klage noch von ferneren Beweisen außer dem stadtgerichtlichen abhängig zu machen wäre, gar nicht beschäftigt, sondern lediglich die sofortige Verwerfung eines Theils der Klagforderung zum Gegenstande hat, also sich in einer ganz anderen Richtung wie die erste Beschwerde bewegt.

Materiell mußte die Beschwerde wenigstens theilweise für begründet gehalten werden.

a. Die Täuschung über den Ertrag des an M. vermietheten Parterre-Stocks war allerdings mit den vorigen Gerichten durch die Zugeständnisse des Beklagten bereits als constatirt anzusehen. Der Beklagte räumt nicht bloß ein, daß er dem Kläger vor Abschluß des Kaufs den fraglichen Miethpreis auf fl. 450 angegeben habe, sowie daß demselben die beiden schriftlichen Miethcontracte, jeder auf fl. 450 lautend, zugestellt worden seien, sondern auch, daß M. wirklich fl. 50 weniger bezahlt habe, und daß, als dieser Umstand unter den Parteien zur Sprache gekommen, Beklagter sich sofort zur Vergütung der Differenz an den Kläger auf die ganze Miethzeit erboten und diese Vergütung auch geleistet habe. Dieser letzte Vorgang setzt es namentlich außer Zweifel, daß der geringere Miethzins auf einem festen Verhältniß mit M. beruhte, und nicht etwa in einem jährlich immer erst besonders bewilligten Nachlaß bestand. Ob das Verhältniß, wie Kläger behauptet, durch einen an M. ausgestellten Revers gesicher war, darauf kommt es unter diesen Umständen nicht an. Ebensot unerheblich erscheint die ganz unbestimmte Hindeutung des Beklagten, er habe Herrn M. lediglich aus persönlichen Rücksichten jährlich fl. 50 nachgelassen. Welche Gründe auch den Beklagten zum Eingehen auf den geringeren Miethzins bestimmt haben mochten, so blieb es immer dem Kläger gegenüber eine Entstellung der Wahrheit, wenn der Beklagte ohne Aufklärung über die Bewandtniß der Sache den Miethzins auf fl. 450 angab, den schriftlichen Contract vorlegen, und durch den Makler ankündigen ließ, das Haus rentire sich zu fl. 1400. Die Thatsache eines bei dem Kläger erregten Irrthums über die Höhe des Miethzinses ist hiernach erwiesen, und daß demselben noch vor Abschluß des Kaufvertrags der wahre Sachverhalt mitgetheilt worden sei, hat der Beklagte nicht zu behaupten vermocht. Denn nachdem der Kläger der zweideutigen Aeußerung auf S. 5 der Ver-

nehmlassung gegenüber, sich in der Replik nochmals darauf berufen, daß er den wahren Sachverhalt erst nach Abschluß des Kaufes erfahren habe, und speciell erzählt hatte, wie dies auf seinen Anlaß zu einer nachträglichen Verhandlung über die Vergütung der Differenz geführt habe, hat der Beklagte duplicando zwar dem so erzählten Hergange widersprochen, aber ebensowenig hier als selbst in jetziger Instanz, nachdem in den beiden vorigen Urtheilen die Täuschung für constatirt erachtet worden ist, die positive Behauptung aufzustellen gewagt, daß die fragliche Mittheilung an den Käufer vor Abschluß des Kaufes erfolgt sei.

Auch die Absichtlichkeit der Handlungsweise des Beklagten ist aber nicht in Zweifel zu ziehen. Daß die Angabe des Miethzinses zu fl. 450 auf einem bloßen Versehen beruht habe, darauf hat sich der Beklagte selbst nicht berufen, wie ihm denn auch die wahre Bewandtniß schon wegen der vierteljährigen Miethzinsentrichtung nothwendig wohl bewußt sein mußte, und bei Vorbereitung eines Kaufes von der Bedeutung des vorliegenden vorausgesetzt werden darf, daß wohlüberlegt verfahren werde. Wenn nun der Beklagte jenes Bewußtseins ungeachtet nicht nur durch den Makler ankündigen ließ, das Haus verinteressire sich zu fl. 1400, sondern auch dem Kläger speciell angab, der Parterrestock sei zu fl. 450 vermiethet, und ihm den dahin lautenden schriftlichen Contract ohne Berichtigung zustellen ließ, so kann nicht anders angenommen werden, als daß dies in der Absicht geschah, durch Vorspiegelung eines höheren Miethertrages des Hauses einen vortheilhafteren Kauf zu Stande zu bringen, und daß es nur eine leere Ausrede ist, wenn der Beklagte sich darauf beruft, die Miethcontracte seien dem Kläger lediglich deßhalb übergeben worden, weil er als Cessionar in dieselben einzutreten gehabt habe.

b. Etwas anders steht es dagegen hinsichtlich des an K. vermietheten zweiten Stocks. Es liegt nämlich hier, wenn auch die übrigen Umstände dieselben sind, noch keine Gewißheit darüber vor, daß K. für die in seinem Miethcontract beschriebene Wohnung statt fl. 450 nur fl. 400 gegeben habe. Der Beklagte hat dies auf S. 5 der Vernehmlassung ausdrücklich geleugnet, und nachdem der Kläger in der Replik den Hergang beim Zustandekommen des Miethvertrags näher angegeben hatte, wonach K. für die im schriftlichen

Contract beschriebenen Räumlichkeiten nur fl. 400, für zwei ihm außerdem noch vermiethete Piecen aber, nämlich ein drittes Mansardezimmer und eine zweite Kellerabtheilung weiter fl. 50 versprochen haben soll, hat der Beklagte in der Duplik nur soviel zugestanden, daß K. für den Miethzins von fl. 450 allerdings noch ein drittes Mansardezimmer und eine zweite Kellerabtheilung erhalten habe, übrigens aber den Hergang bei der Vermiethung anders dargestellt und geleugnet, daß die Einräumung dieser beiden Piecen den Miether bestimmt habe, fl. 50 mehr zu geben, und daß sich ein Miether finden werde, welcher dafür fl. 50 jährlich bezahle. Ehe die Erheblichkeit der beiden fraglichen Piecen und ihr Einfluß auf das Zustandekommen des Miethvertrages aufgeklärt ist, läßt sich daher nicht sagen, daß der K.'sche Miethzins dem Kläger um fl. 50 zu hoch angegeben worden sei, und sollten dieselben von ganz untergeordneter Bedeutung sein, so wäre es selbst denkbar, daß der Vorwurf absichtlicher Täuschung hinsichtlich dieses Miethverhältnisses ganz beseitigt würde. Es mußte daher über die Behauptung der Klage Beweis aufgelegt werden, und beiden Parteien überlassen bleiben, wie weit sie eine Ermittelung der in der Replik und Duplik angeführten einzelnen Umstände für den Beweis und Gegenbeweis dienlich erachten.

c. In Betreff des zu fl. 500 angeschlagenen ersten Stockes bedarf es zwar keiner besonderen Beweisauflage mehr. Denn die Behauptung des Klägers, welche nach dem Obigen zu der Täuschung über die M.'sche und K.'sche Miethe hier noch hinzukommen muß, daß nämlich bei Miethpreisen des fraglichen Betrags der erste Stock um etwa fl. 50 höher vermiethet zu werden pflege als das Erdgeschoß und der zweite Stock, ist vom Beklagten in der Vernehmlassung nicht in Abrede gestellt, und selbst in der Duplik nicht mit Bestimmtheit bestritten worden, daher für stillschweigend zugestanden zu erachten. Allein die aus diesem herkömmlichen Verhältniß zu ziehende Schlußfolgerung würde ihre Bedeutung ganz oder theilweise verlieren, wenn sich ergeben sollte, daß der zweite Stock höher als zu fl. 400 an K. vermiethet gewesen sei, weil bei verschiedenen Miethpreisen von Parterre- und zweitem Stock kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß der Miethpreis des ersten Stocks sich nach dem geringeren der beiden Miethpreise richten müsse, und es dafür selbst an einer entsprechenden Behauptung des Klägers

fehlen würde. Der hierher gehörige Theil der klägerischen Forderung hängt daher mit von dem Ergebniß des über die K.'sche Miethe zu führenden Beweises ab. Zwar hat sich der Kläger auch darauf berufen, daß der von ihm selbst bezogene erste Stock von der Wohn- und Miethsteuer-Commission für das Jahr 1862 nur zu fl. 450 taxirt worden sei. Daß jedoch diese lediglich für den Zweck der Besteuerung vorgenommene Taxation für das Privatverhältniß der Parteien und die hier dem Beklagten zur Last gelegte Täuschung ohne alle Erheblichkeit ist, bedarf keiner Ausführung.

3. Der dritte Theil der zweiten Beschwerde, wonach schon jetzt ausgesprochen werden soll, daß ein Mindererträg des Hauses nur bis zu fl. 1350 anzunehmen sei, findet bereits in dem Bisherigen seine Widerlegung.

III. Die dritte Beschwerde endlich, daß nicht wenigstens die stadtgerichtliche Beweisauflage einfach bestätigt worden sei, war nach der obigen Ausführung (unter I. A. 2) als unbegründet zu verwerfen.

In der Hauptsache ergibt sich aus dem Bisherigen, daß das angefochtene Urtheil in Ansehung eines Dritttheils der auf fl. 2571. 25 kr. festgestellten Forderung des Klägers zu bestätigen, die Zuerkennung der übrigen zwei Dritttheile aber von dem oben bemerkten Beweise des Klägers abhängig zu machen war. Wegen der theilweisen reformatoria würde zwar die auf sofortige Verurtheilung in die ganze Forderung, eventuell auf andere Fassung der stadtgerichtlichen Beweisauflage gerichtete erste Beschwerde des Klägers in voriger Instanz wieder aufleben; der Inhalt derselben erledigt sich aber durch die obige Motivirung der Entscheidung von selbst.

IV. Was den Kostenpunkt betrifft, so stehen die Kosten erster Instanz jetzt nicht in Frage.

Das in Grav. 4 vom Beklagten gestellte Verlangen, den Kläger in sämmtliche Kosten zweiter Instanz zu verurtheilen, ist offenbar unbegründet, vielmehr bei der auf die beiderseitigen Beschwerden ergangenen reformatoria die Compensation dieser Kosten gerechtfertigt, wie denn auch die Kosten jetziger Instanz wegen anderweiter erheblich eingreifender reformatoria zu compensiren waren.

Auszüge aus den Seite 479 angezogenen Entscheidungen in Sachen: Großheubach ca. Koch 1850.

Nun ist zwar an dem Satze festzuhalten, daß der dolus, nur wenn er causam dans ist, das Geschäft annullire, der bloße dolus incidens dagegen nur einen Anspruch auf Entschädigung gebe, und da erscheint es allerdings auf den ersten Blick, als ob hier nur ein dolus der letzteren Art vorliege und daher von der beantragten völligen Auflösung des Handels keine Rede sein könne, indem der Beklagte durch die angeblichen Machinationen der Klägerin seiner eigenen Behauptung nach nicht inducirt ist, überall auf dem Steinbruch zu bieten, sondern nur ein so hohes Gebot zu thun. Allein, wenngleich insofern nur ein dolus incidens vorliegt, so muß diesem unter den besonderen Umständen des Falles doch die Wirkung eines wirklichen dolus causam dans beigelegt werden. Soll nämlich der dolus incidens bei Käufen nur einen Anspruch auf Entschädigung, namentlich dann, wenn der Käufer dadurch zur Bewilligung eines höheren Preises verleitet ist, einen Anspruch nur auf Preisermäßigung geben, so muß es möglich sein, dasjenige, worin der Käufer betrogen ist, also z. B. die fälschlich vorgespiegelten Vorzüge oder Eigenschaften der verkauften Sache zu schätzen, und auf die Weise auszumitteln, wie der Preis ohne den Betrug bestimmt sein würde. Nun ist es aber im vorliegenden Falle gar nicht möglich zu bestimmen, um wie viel durch die der Klägerin vorgeworfenen Machinationen der Preis des Steinbruchs gesteigert worden, und was der Beklagte ohne diese Vorspiegelungen für denselben bezahlt, ja ob er überall auch nur ein solches Gebot gethan hätte, wofür ihm der Zuschlag ertheilt worden wäre. Es hat also der angebliche dolus jedenfalls die Wirkung, daß es an einem festen Preise gänzlich fehlt, daß also eine emtio sine certo pretio existirt, die nicht zu Recht bestehen kann. Man kann auch nicht einwenden, daß sich die Entschädigung ja durch die Ermittelung des wahren Werthes des Steinbruchs feststellen lasse. Denn abgesehen davon, daß sich ein solcher wahrer Werth in diesem Falle schwerlich ermitteln lassen wird, so ist dieses doch etwas ganz Anderes als ein pretium conventum, indem sich ja gar nicht sagen läßt, ob der Beklagte ohne die behaupteten Vorspiegelungen auch nur bis zu diesem Preise geboten haben würde.

378.

Samuel Mayer zu Bibra, Kläger gegen **Isaac Heßdörffer,** Beklagten, Abrechnung und Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 16. Januar 1863.

1. — — —

2. Nach der Erklärung, daß der Handelsmann Samuel Mayer in Bibra für seine alleinige Person die behauptete Vereinbarung mit dem Beklagten abgeschlossen habe und deßhalb auch nur für seine Person klagend auftrete, die Firma M. S. Mayer Wittwe dabei aber gar nicht betheiligt sei, kann die Legitimation des klagenden Theils einem Anstand nicht mehr unterliegen.

3. Kläger gründet seine Forderung auf die Behauptung, daß zwischen ihm und dem Beklagten seit dem Jahre 1854 mehrfach über Güterverkaufs-Angelegenheiten correspondirt worden sei und dabei die Verabredung bestanden habe, daß die beiderseitigen Bemühungen auf das nämliche Ziel gerichtet und die für bewirkte Verkäufe zu erzielenden Provisionen unter ihnen zu gleichen Hälften getheilt werden sollten. In Folge seiner Angaben und Bemühungen sei im Jahre 1861 der Verkauf des Gutes Einraffshof von C. Müller an T. J. Schuster dahier durch Vermittelung des Beklagten abgeschlossen worden, wofür dieser von beiden Theilen eine Maklergebühr erhalten, die er anzugeben und wovon er die Hälfte, die mindestens auf fl. 2000 anzunehmen sei, nebst Zinsen und Kosten ihm, Kläger, abzugeben und zu ersetzen habe. — Uebrigens sei er zu dieser Forderung um so mehr berechtigt, da der Beklagte ihm noch speciell rücksichtlich dieses Gutsverkaufes die gleichheitliche Theilung der Provision zugesagt habe.

4. Daß der Kläger dem Beklagten auf dessen Anfrage und Ersuchen ausführliche Auskunft über den zu verkaufenden Einraffshof

gegeben, demselben auch ein Einführungsschreiben an den Eigenthümer zugefertigt, ist nach den Briefen [4] und [5] als genügend nachgewiesen zu betrachten; wie denn auch feststeht, daß der Verkauf dieses Gutes im Jahre 1861 durch die Vermittelung des Beklagten zu Stande gekommen ist und der Beklagte die Maklergebühren dafür in Empfang genommen hat. Auch enthält die bisher beigebrachte Correspondenz Manches, woraus auf eine bestandene Uebereinkunft, die Maklergebühren von solchen Gutsverkäufen, für welche beide Theile thätig gewesen, mit einander zu theilen, geschlossen werden dürfte; jedoch erscheint bei dem bestimmten Abläugnen des Beklagten eine solche Behauptung des Klägers noch nicht außer Zweifel gestellt. Es ist daher dem Kläger, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, der bessere Beweis seiner Behauptung aufzugeben, wobei sich beide Theile desjenigen mitbedienen können, was bereits darüber in den Acten niedergelegt worden ist.

Würde dem Kläger der Beweis der behaupteten allgemeinen Uebereinkunft gelingen, so würde sein Klagbegehren vollkommen gerechtfertigt erscheinen, da von dem Beklagten nicht einmal behauptet worden ist, daß und wann eine solche Uebereinkunft ihre Endschaft erreicht habe.

5. Sollte jedoch dem Kläger der Beweis jener allgemeinen Uebereinkunft nicht gelingen, so wäre immer noch in Erwägung zu ziehen, ob nicht speciell rücksichtlich des Verkaufes des Einraffshofes eine solche Vereinbarung über Theilung der Maklergebühr zwischen beiden Theilen bestanden habe.

In dieser Beziehung käme nicht nur die Unterredung, welche zwischen beiden Theilen hierüber im April 1857, sondern auch diejenige, welche noch im Januar 1860 stattgefunden haben soll, in Betracht; indem daraus, daß der Kläger dem Beklagten am 18. Februar 1860 irrthümlich gemeldet, daß der Einraffshof bereits verkauft sei, gewiß nicht auf einen Verzicht Seitens des Klägers auf die Provisionshälfte geschlossen werden dürfte, die ihm vom Beklagten für den Fall des durch ihn zu vermittelnden Gutsverkaufes zugesichert gewesen sein sollte. Dagegen kann der Revers [6], welchen sich Kläger von C. Müller hatte ausstellen lassen, für die Rechtsverhält-

nisse zwischen dem Kläger und dem Beklagten in keiner Weise als maßgebend erscheinen.

Hiernach wird hiermit zu Recht erkannt:

I. — — —

II. Kläger hat, Gegenbeweis vorbehalten, binnen vorzuberaumender Frist zu beweisen:

entweder: daß seit dem Jahre 1854 zwischen ihm und dem Beklagten die Verabredung bestanden habe, die durch Vermittelung von Güterverkäufen, wobei beide Theile thätig gewesen, zu erzielenden Provisionen gemeinschaftlich zu theilen;

oder: daß der Beklagte ihm im April 1857 oder im Januar 1860 die Zusicherung gegeben, die Provision, welche er bei dem Verkaufe des Einraffshofes erzielen würde, mit ihm, Kläger, zu theilen;

worauf weiter erkannt werden soll, was Rechtens ist.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 1. Juni 1863.

Auf Appellation des Beklagten.

I. Die erste Beschwerde des Beklagten ist unbegründet. Der Inhalt der Klage läßt keinen Zweifel darüber zu, daß Samuel Mayer, der Aussteller der Vollmacht [10] einen ihm und nur ihm zustehenden Anspruch gegen den Beklagten geltend machen wolle, sowie daß dieser Anspruch aus einem Vertragsverhältnisse entspringe, welches nicht zwischen der Firma M. S. Mayer Wittwe, sondern zwischen ihm, dem Kläger Samuel Meyer und dem Beklagten Heßdörfer bestanden habe. Dadurch, daß auf der Randschrift der Klage sich die unter diesen Umständen überflüssige Bemerkung findet, der Kläger Samuel Mayer sei Inhaber der genannten Firma, kann die Legitimation des Klägers in keiner Weise zweifelhaft werden. Es läßt sich aber gar nicht absehen, welches rechtliche Interesse der Beklagte, der ja ebensowenig mit der Firma M. S. Mayer Wittwe, als mit dem Kläger selbst für dessen eigene und alleinige Rechnung die von diesem behauptete Verabredung getroffen haben will, habe, daß der Kläger

nachweise, wirklich einer der Inhaber der Firma M. S. Mayer Wittwe in Bibra zu sein.

II. Seine zweite Beschwerde,

daß dem Kläger der Beweis verstattet worden, seit dem Jahre 1854 habe zwischen ihm und dem Beklagten die Verabredung bestanden, die durch Vermittelung von Güterverkäufen, wobei beide Theile thätig gewesen, zu erzielenden Provisionen gemeinschaftlich zu theilen,

versucht der Appellant damit zu begründen, daß in der Klage diese Behauptung nicht zu finden sei. Allein der erste Satz der Klagschrift enthält allerdings eine mit dieser Beweisauflage, in der nur statt des überflüssigen Wortes „gemeinschaftlich", die der Angabe des Klägers entsprechenden Worte: „zu gleichen Theilen" hätten gesetzt werden können, im Wesentlichen übereinstimmende, vollständig schlüssige Behauptung. Es ist also auch die zweite Beschwerde des Appellanten unbegründet.

III. Der Klagantrag ist lediglich auf Theilung derjenigen Provision gerichtet, welche der Beklagte durch den zunächst durch seine Vermittelung zu Stande gekommenen Verkauf des Guts „Einraffshof" gewonnen hat. Dieser Klagantrag ist aber, da der Beklagte selbst einräumen mußte, daß er in Betreff des Verkaufs des Einraffshofs die Mitthätigkeit des Klägers in Anspruch genommen habe und daß dieser wenigstens in einigem Maße in dieser Richtung mitthätig gewesen sei, schon dann gerechtfertigt, wenn der Kläger den Beweis der zweiten ihm verstatteten Beweisalternative erbringt. Eine mit diesem Beweissatze übereinstimmende Behauptung, welche als eine zulässige Specialisirung der in der Klage vorgebrachten allgemeineren Behauptung betrachtet werden muß, ist in der Replik des Klägers enthalten. Es sind deßhalb auch die drei letzten Beschwerden des Beklagten unbegründet.

Aus diesen Gründen wird die gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 16. Januar 1863 ergriffene Berufung unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz verworfen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 15. November 1864.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung:

1. daß zu Grav. 1 der Einwand mangelnder Sachlegitimation des Klägers zwar nicht des rechtlichen Interesses entbehrt, aber offenbar unbegründet ist, da schon nach dem Inhalt der Klage angenommen werden muß, daß der Kläger für sich und nicht für die Firma, der er angehört, habe klagen und als Fundament ein mit ihm persönlich zu Stande gekommenes Vertragsverhältniß habe behaupten wollen, die in rubro beigefügte Bezeichnung des Klägers als Mitinhaber der Firma M. S. Mayer Wittwe aber ihre genügende Erklärung darin findet, daß die gedachte Eigenschaft des Klägers zur Erläuterung der in den überreichten Briefen mehrfach gebrauchten Adressen und Ueberschriften hervorgehoben werden mußte, und dies eben so gut im Rubrum, wie im Text der Klage geschehen konnte, selbst wenn aber die Klage noch irgend einen Zweifel übrig ließe, derselbe jedenfalls durch die ausdrückliche Erklärung in der Replik, welche sich als zulässige Erläuterung darstellt, vollständig gehoben sein würde.

2. Daß in Ansehung der übrigen die Hauptsache betreffenden Beschwerden den Entscheidungsgründen der beiden vorigen Instanzen nur beigepflichtet werden kann, insbesondere

zu Grav. 2 die in der ersten Beweisalternative vorkommenden Worte, „wobei beide Theile thätig gewesen", dem Sinne nach allerdings im ersten Satze der Klage enthalten waren, es daher dahin gestellt bleiben kann, ob in der Aufnahme derselben für den Beklagten überhaupt eine Beschwerde habe liegen können, während es keinem Zweifel unterliegt, daß eine Mitthätigkeit des Klägers zum Verkauf des Einraffshofes mit Recht bereits für constatirt erachtet worden ist und es bei einer so allgemeinen Verabredung, wie sie zum Beweise verstellt worden ist, weder auf den größeren oder geringeren Grad dieser Mitthätigkeit, noch auf die Person des Käufers ankommen konnte.

Zu Grav. 3. Die in die zweite Beweisalternative mit aufgenommene erneuerte Zusicherung vom Januar 1860 zwar erst in der Replik behauptet worden ist, während die Klage nur einer

„Besprechung“ in jenem Monate gedenkt, die Frage von der formellen Zulässigkeit dieser Ergänzung der Klage sich jedoch dadurch erledigt, daß der Beklagte sich auf die nachgetragene Behauptung in der Duplik ohne Vorbehalt eingelassen hat; wenn übrigens die beiden speciellen Zusicherungen von 1857 und 1860 oder eine derselben, so wie sie behauptet und zum Beweise verstellt worden, ohne Einschränkung ertheilt sein sollten, es an jedem Grunde zu der Annahme fehlt, daß sie nur für eine gewisse Frist oder nur für den Fall des Abschlusses mit einem bestimmten Käufer hätten gelten sollen, daher auch der eventuelle Antrag den Beweis durch den Zusatz: „wenn er je einen Käufer fände“, zu verschärfen, unbegründet erscheint;

erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 1. Juni 1863, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei,

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

379.

Nathan Strauß, Kläger gegen **Friedrich Luft**, Beklagten, Vertrags-Verhältniß betreffend (Causa I.).

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 14. October 1863.

1. Nach Inhalt der Klage ist Beklagter am Morgen des 7. April d. J. zu dem Kläger gekommen, hat demselben mitgetheilt, daß er wegen Ankaufes des Cotta'schen Hauses in der großen Gallusstraße mit dem Eigenthümer in Unterhandlung stehe und habe hiervon Veranlassung genommen, dem Kläger den Vorschlag zu machen, sich an diesem Hauskauf, bez. der damit bezweckten Speculation zu betheiligen, das Geschäft mit ihm, Beklagten, gemeinsam, für gemeinschaftliche Rechnung zu machen.

Diesen Vorschlag hat Kläger angenommen und demgemäß sich zur Hälfte an dem Kauf des bezeichneten Hauses betheiligt, auch auf den Wunsch des Beklagten, hierüber etwas Schriftliches in Händen zu haben, demselben eine seinen Namen tragende Visitenkarte übergeben, auf deren Rückseite er die Worte: „ich bin an dem Cotta'schen Hause zur Hälfte betheiligt. N. Strauß" oder andere seine Verbindlichkeit aus der getroffenen Uebereinkunft in ähnlicher Weise documentirende Worte geschrieben hatte.

Hiernächst hat Beklagter den Kauf des fraglichen Hauses — soviel Kläger weiß, um den Preis von fl. 200,000 — und zwar auf seinen alleinigen Namen abgeschlossen, weigerte aber seitdem die vertragsmäßige Antheilsberechtigung Klägers an diesem Handel anzuerkennen.

Auf Grund dieser Thatsachen formulirte Kläger eine Reihe von Anträgen, welche theils die Anerkennung und Sicherstellung seines Miteigenthumes an fraglichem Hause, theils die Kundgebung aller den Erwerb und die weitere Verwerthung des Hauses betreffende

Negotiationen und endlich die Verurtheilung Beklagtens zum Ersatze alles durch seine bisherige Vertragsbrüchigkeit entstandenen oder noch ferner entstehenden Schadens bezwecken.

2. Beklagter leugnet die sämmtlichen, der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen, indem er gleichzeitig einen anderen wesentlich verschiedenen Sachverhalt angibt (Vernehmlassung S. 44 flg.), welcher, wenn erwiesen, jedes Klagrecht des Klägers ausschließen würde.

Kläger hat daher vor Allem die Wahrheit seiner Angaben darzuthun, zu welchem Zweck es ihm vorbehalten bleibt, auf das die Vorlage der oben erwähnten Visitenkarte betreffende Editionsgesuch im Beweisverfahren zurückzukommen.

3. Für den Fall der Erbringung dieses Beweises sind die gestellten Klaganträge des Näheren zu prüfen.

Beklagter bestreitet dieselben als unter allen Umständen unzutreffend, indem er dem Kläger auf Grund dessen Betheiligung an dem fraglichen Hauskaufe mehr nicht als eine Antheilsberechtigung an dem Ergebniß der speculationsweisen Verwerthung des Hauses, demgemäß einen Anspruch auf deßfallsige Rechnungslegung zugestehen will, dagegen jedes Miteigenthum an dem Kaufobjecte selber, ja sogar jede Einwirkung auf die Realisirung der damit bezweckten Speculation abspricht.

Es kann jedoch dem Beklagten hierin nicht beigetreten werden. Denn wenn derselbe zur Rechtfertigung dieser seiner Ansicht geltend macht, daß das unter den Parteien zu Stande gekommene Vertragsverhältniß seiner rechtlichen Qualität nach als ein sogenanntes Conto-meta-Geschäft aufzufassen sei, so kommt hiergegen in Betracht, daß unter der Bezeichnung „Conto-meta-Geschäfte“ im technischen Sinne nur Handelsgeschäfte auf gemeinschaftliche Rechnung (H.-G.-B. Art. 266 flg.) verstanden werden, Käufe und Verkäufe von Immobilien aber, und folglich auch alle dahin abzielende Rechtsgeschäfte, nicht zu den Handelsgeschäften gehören (H.-G.-B. Art. 275), übrigens angenommen auch, die Bestimmungen in Art. 266—270 des H.-G.-B. hätten auf den vorliegenden Fall Anwendung zu finden — darum noch immer nicht die Rechtsfolgen begründet sein würden, welche Beklagter der mit dem Kläger getroffenen Uebereinkunft allein zugestehen will.

Hiernach und da Beklagter nirgends behauptet hat, daß die Absicht der Contrahenten bei Abschluß der fraglichen Uebereinkunft auf einen ihre Rechte in der angedeuteten oder ähnlichen Weise bestimmenden, resp. beschränkenden Vertragsinhalt gerichtet gewesen sei, kann das Rechtsverhältniß unter den Parteien im Zweifel nicht anders, als im Sinne einer gemeinschaftlichen societas dahin aufgefaßt werden, daß Kläger als socius des Beklagten bezüglich des von diesem in Aussicht genommenen Immobilienkaufes zur Hälfte in die Gesammtheit aller der aus diesem Verkauf erfließenden Rechte und Verbindlichkeiten eintreten sollte und wollte, bez. mit Annahme des klägerischen Vorschlages eingetreten ist.

Demzufolge müssen aber die Anträge Klägers im Wesentlichen als wohlbegründet erachtet werden.

a. Denn wenn auch der Streit darüber, ob Beklagter verpflichtet gewesen wäre, den Kaufabschluß auch formell im Namen der Gemeinschaft zu vollziehen und ebenso die weitere, damit im Zusammenhang stehende Frage, ob der Kauf des Hauses zur Zeit der mit dem Kläger getroffenen Vereinbarung bereits geschlossen gewesen, oder erst hinterher definitiv abgeschlossen worden sei, als dermalen ohne praktische Erheblichkeit auf sich beruhen kann, so ist doch Kläger unzweifelhaft berechtigt, die Gemeinmachung des von dem Beklagten auf seinen alleinigen Namen erkauften Hauses — selbstverstanden gegen Uebernahme des entsprechenden Theiles der dem Beklagten daher erwachsenen Verbindlichkeiten, insbesondere Zahlung der Hälfte des von demselben berichtigten Kaufschillings — zu verlangen,

lex. 74 Dig. pro socio. (17, 2.)

und demgemäß auch die Ueberschreibung des Hauses auf ihn als Miteigenthümer zur idealen Hälfte, bez. die erforderliche Mitwirkung Beklagtens hierzu zu begehren.

b. Nicht minder ist sein Anspruch auf Kundgebung aller, den Erwerb und die beabsichtigte weitere Verwerthung des Hauses betreffende Transactionen Beklagtens, insonderheit Vorlage aller in dieser Beziehung in Betracht kommenden, im Besitz des Beklagten befindlichen Urkunden oder Ableistung des Editionseides begründet und endlich kann

c. die Verpflichtung des Beklagten nicht zweifelhaft sein, dem

Kläger für allen Schaden aufzukommen, welcher durch sein bisheriges, das Recht Klägers mißachtendes Verfahren entstanden sein oder ferner entstehen sollte.

4. Die Einrede des dolus, welcher Beklagter schließlich auf Grund des von ihm erzählten Herganges geltend macht, kann füglich ohne weitere Erörterung auf sich beruhen, da dieselbe nach Lage der Sache jedenfalls nur gegen den Rechtsbestand derjenigen, von der klagend in Anspruch genommenen, ihrem Grund nach wesentlich verschiedenen Verbindlichkeit gerichtet erscheint, welche dem Beklagten nach Maßgabe des von ihm angegebenen Sachverhaltes obliegen würde, um deren Existenz oder Nichtexistenz es sich jedoch dermalen gar nicht handelt.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Kläger hat, vorbehältlich des Gegenbeweises, binnen 14 Tagen zu erweisen:

daß Beklagter ihm zu Anfang April d. J. den Vorschlag gemacht habe, sich an dem beabsichtigten, inzwischen vom Beklagten vollzogenen Ankauf des Cotta'schen Hauses in der großen Gallusstraße zu betheiligen, das Geschäft mit ihm, Beklagten, gemeinsam für gemeinschaftliche Rechnung zu machen

und

daß er, Kläger, diesen Vorschlag angenommen habe.

II. Erbringt Kläger diesen Beweis, so ist Beklagter unter Verweisung desselben auf die Bereitwilligkeit Klägers zur Uebernahme der entsprechenden Gegenleistungen verurtheilt:

a. Kläger in das Miteigenthum zur idealen Hälfte an der Behausung Lit. E Nr. 7a eintreten zu lassen, auch seine Mitwirkung zur Ueberschreibung des Hauses auf den Kläger als Miteigenthümer, so weit erforderlich und bei Vermeidung, daß sonsten ein Curator ad hoc auf seine Kosten hierfür bestellt werden wird, zu gewähren;

b. in einer bei der Gerichts-Commission anzuberaumenden Tagfahrt alle, den Ankauf der fraglichen Behausung und deren weitere Verwerthung betreffenden, in seinem Besitz befindlichen Scripturen, als Verträge, Briefe und dergleichen, dem

Kläger zur Einsichtnahme vorzulegen oder aber den Editionseid in öffentlicher Gerichtssitzung dahin auszuleisten,
daß er derartige Scripturen oder weitere als die vorgelegten weder besitze, noch in böslicher Absicht zu besitzen aufgehört habe, auch nicht wisse, wo deren welche sich befinden;

c. allen durch die bisher verweigerte Anerkennung der Mitberechtigung Klägers an dem in Rede stehenden Hauskaufe erweislich entstandenen oder ferner entstehenden Schaden dem Kläger zu ersetzen;

d. demselben die verursachten Streitkosten zu erstatten.

III. Für den Fall, daß Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbringen sollte, bleibt abändernde Verfügung vorbehalten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 11. Januar 1864.

Auf Appellation des Beklagten.

I. Die von dem Beklagten unter Angabe eines anderen Sachverhalts in [4] act. 1ae S. 44—49 geläugneten und daher von dem Kläger zu beweisenden Klagbehauptungen [1] act. Iae S. 2—7, worauf dieser die Seite 21—28 ebenda formulirten verschiedenen Anträge stützt, würden das Vorhandensein einer zwischen zwei Handelsleuten zu einem einzelnen Geschäfte geschlossenen Societät außer Zweifel stellen.

Gleichwohl kann dieser Vertrag, wenn auch unter der Herrschaft des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs abgeschlossen, nicht den Normen dieses Gesetzbuchs, insbesondere den Bestimmungen der Artikel 266 und folgende unterliegen.

Denn das Gesetzbuch setzt in Art. 266 eine Vereinigung zu Handelsgeschäften voraus, während nach ausdrücklicher Bestimmung in Art. 275 desselben, wie bereits von dem Stadtgerichte hervorgehoben worden ist, ein Vertrag über Immobilien, also auch die hier vorliegende, den Inhalt des gemeinsamen Geschäfts bildende Hauskaufs-Speculation kein Handelsgeschäft im Sinne des Handelsgesetzbuchs ist.

Somit können nur die Grundsätze des gemeinen Civilrechts über den Gesellschaftsvertrag, für die Beurtheilung der Uebereinkunft, deren Umfang und Wirkungen maßgebend sein.

Wenn es auch richtig ist, daß der Kläger nirgend mit genügender Bestimmtheit behauptet hat, daß die Begründung von Miteigenthum an dem Hause Lit. E. Nr. 7a der großen Gallusgasse dahier zwischen denselben verabredet worden sein, so bedingt doch der von den Contrahenten nach Inhalt des behaupteten Vertrags gemeinsam und für gemeinschaftliche Rechnung zu verfolgende Zweck das Gemeinwerden des Gegenstandes, durch dessen Mittel allein die beabsichtigte Speculation zu verwirklichen ist, und liegt es in der Consequenz eines derartigen Societäts-Vertrags, daß das Eigenthum der hierfür obwohl nur auf den Namen eines Gesellschafters erkauften Sache der Gesellschaft überlassen, resp. Miteigenthum der anderen Gesellschafter werden muß.

Hierfür spricht die Natur der Sache und die ausdrückliche Vorschrift der

l. 74. pro socio (17, 2).

Puchta, Pandekten § 371, Note a.

Ist aber der Beklagte zur Gemeinmachung des erkauften Hauses verbunden, so ist dessen unter II. a. des angefochtenen Urtheils ausgesprochene Verurtheilung zur Mitwirkung bei der Transscription des Hausantheils auf den Kläger, welcher bereit ist die entsprechenden Gegenleistungen zu liefern, wohl gerechtfertigt.

Nicht minder wohlbegründet sind die von dem Stadtgericht unter b., c. seiner Gründe erörterten Rechtsfolgen des Vertrags, welche den Gegenstand der weiteren eventuellen Condemnationen unter II. b. bis d. bilden. Insbesondere ist es anerkannten Rechtens, daß der Gesellschafter nicht nur für diligentia in suis rebus einzustehen, sondern jeden durch dolose Nichtanerkennung und Nichterfüllung des Gesellschaftsvertrags entstehenden Schaden, dem Mitcontrahenten zu ersetzen hat.

l. 52. § 2. pro socio (17, 2).

Sintenis, Civilrecht II. Bd. S. 711.

Holzschuher, Casuistik II. 2. S. 816.

Die beiden ersten unter I. und II. des Libells formulirten Be-

schwerden, wovon die erste sämmtliche unter II. a. bis c. des angefochtenen Bescheids ausgesprochenen Verurtheilungen, als zu weit gehend, beseitigt wissen will, die eventuelle zweite aber die Verurtheilung zur Mitwirkung bei Ueberschreibung des Hauses auf den Beklagten als Miteigenthümer und die Haftung für allen aus seiner ungerechtfertigten Handlungsweise erwachsenen Schaden bekämpft, stellen sich hiernach als nicht begründet dar.

II. Ob der Vertrag, welchen nach I. des stadtgerichtlichen Bescheids der Kläger zu beweisen hat, am 7. oder 8. April 1863 zu Stande gekommen ist, erscheint nach Lage der Sache, da ein und derselbe Vertrag in Frage steht, rechtlich unerheblich. — Der Umstand, daß der Kläger in der Replik erster Instanz den achten April als den Tag des Abschlusses angibt, während in der Klage von Anfang April, etwa dem 7. die Rede ist, kann daher umsoweniger Veranlassung geben, dem Verlangen der III. Beschwerde gemäß, das feste Datum des 8. April in den Beweissatz aufzunehmen, um dadurch den Kläger möglicher Weise zu benachtheiligen, als für dieses Verlangen sonstige innere Gründe nicht geltend gemacht worden sind, der achte April aber offenbar in den Anfang April fällt.

III. Den behaupteten anderen Sachverhalt im Gegenbeweise darzuthun, würde der Beklagte auch ohne besonderen hierauf gerichteten Vorbehalt des Interlocuts berechtigt sein.

cf. Seuffert, Archiv X. Bd. Nr. 301, XV. Bd. Nr. 82.

Da aber zudem die Statthaftigkeit dieses Gegenbeweismoments im vorliegenden Falle, wenn auch nicht im entscheidenden Theile, doch unter II. der Gründe des angefochtenen Bescheids klar ausgesprochen ist, so entbehrt die über den Mangel eines solchen Vorbehalts erhobene vierte Beschwerde des Beklagten jeden Grundes.

IV. Die von dem Beklagten vorgebrachte sogenannte Einrede des doli mali specialis ist allerdings nicht allein mit Bezug auf den von ihm vorgetragenen anderen Sachverhalt vorgeschützt worden.

Deren Zweck ist vielmehr mit darauf gerichtet, die Auflösungserklärung des von dem Kläger behaupteten und zu erweisenden Vertrags, auf Grund des von dem Beklagten näher dargelegten Umstandes eventuell herbeizuführen:

daß Kläger, nachdem er sich mit dem Beklagten zu einem ge-

meinschaftlichen Geschäft bezüglich des fraglichen Hauses geeinigt hatte, ohne dessen Wissen für sich ein Mehrgebot für das Haus bei dem Verkäufer eingelegt hat.

Allein wenn auch ein solches der Vertragstreue nicht entsprechendes, übrigens ohne weitere Wirkung gebliebenes Verhalten des Klägers nach gemeinem Rechte zur Auflösung einer Societät berechtigen könnte, so würde dieses doch höchstens bei zu fortdauernden Zwecken eingegangenen Erwerbsgesellschaften, bei eigentlichen Handelsgesellschaften, nicht aber bei einer auf ein einzelnes Geschäft beschränkten Vereinigung der hier vorliegenden Art stattfinden können.

Die von dem Stadtgericht unter IV. seiner Gründe ausgesprochene Verwerfung der sogenannten exceptio doli specialis, wogegen die fünfte und letzte Beschwerde erhoben ist, erscheint demnach, wenngleich aus einem anderen Rechtsgrunde als der von dem Stadtgerichte angenommene, gerechtfertigt.

Dem Allem nach wird:

die von dem Beklagten gegen den Bescheid des Stadtgerichts vom 14. October erhobene Berufung als überall unbegründet, unter Verurtheilung desselben in die Kosten dieser Instanz, hiermit verworfen.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 24. November 1864,** unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten, lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Grav. I. gegenwärtiger Instanz enthält dem Wortlaute nach eine Wiederholung sämmtlicher beim Appellationsgerichte aufgestellten Beschwerden. Die beigefügte Erläuterung ergibt jedoch, daß Beklagter die dritte und vierte dieser Beschwerden fallen lassen und nur die erste, zweite und fünfte weiter verfolgen will.

I. Die erste und zweite Beschwerde beziehen sich auf den dem Kläger auferlegten Beweis. Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 14. October 1863 hat denselben dahin normirt:

daß Beklagter dem Kläger zu Anfang April 1863 den Vorschlag gemacht habe, sich an dem — — — Ankaufe des Cot-

ta'schen Hauses — — — zu betheiligen, das Geschäft mit ihm, Beklagten, gemeinsam, für gemeinschaftliche Rechnung zu machen; und daß Kläger diesen Vorschlag angenommen habe;

und zugleich, für den Fall der Erbringung dieses Beweises, den Beklagten verurtheilt:

a. den Kläger in das Miteigenthum zur idealen Hälfte an der fraglichen Behausung eintreten zu lassen, auch seine Mitwirkung zur Ueberschreibung des Hauses auf den Kläger als Miteigenthümer, so weit erforderlich, zu gewähren;

b. die den Erwerb und die beabsichtigte weitere Verwerthung des Hauses betreffenden Scripturen vorzulegen oder einen Editionseid zu leisten;

c. allen durch die bisher verweigerte Anerkennung der Mitberechtigung Klägers an dem in Rede stehenden Hauskaufe erweislich entstandenen oder ferner entstehenden Schaden dem Kläger zu ersetzen.

Bei diesem Erkenntniß hat sich der Kläger beruhigt. Dagegen verlangt Beklagter

principaliter (Grav. I. voriger Instanz), die Anerkennung, daß nur eine „Gelegenheitsgesellschaft" mit den von ihm bezeichneten rechtlichen Wirkungen vorliege und demgemäß die eventuellen Verurtheilungen unter a.—c. nicht hätten ausgesprochen werden dürfen;

eventualiter (Grav. II. voriger Instanz), daß auch bei Verwerfung jenes seines rechtlichen Standpunktes, wenigstens die Verurtheilung sub a. beseitigt und ad c. anerkannt werde, daß Beklagter nur diligentia, quam in suis rebus zu prästiren habe.

Aus dieser Beschwerdestellung geht hervor, daß Beklagter nicht sowohl die Aufhebung der vom Stadtgericht gemachten Beweisauflage, als vielmehr nur die Beseitigung der an die Erbringung dieses Beweises geknüpften Folgen bezweckt. Daß er, wenn der Vertragsabschluß so, wie Kläger ihn behauptet, erwiesen wird, wenigstens zur Rechnungsstellung und eventuellen Theilung des Gewinnes verpflichtet sei, hat Beklagter ausdrücklich anerkannt. Anlangend nun

A. die eventuelle Verurtheilung des Beklagten, den Kläger in das Miteigenthum des fraglichen Hauses eintreten zu lassen und zur entsprechenden Transscription mitzuwirken, so hat sich

1. der Kläger zur Beseitigung der hiergegen gerichteten Beschwerde

mit Unrecht darauf berufen, daß durch die von ihm behaupteten Vorgänge nicht allein eine Societät, sondern auch ein Miteigenthum und damit selbstverständlich sein Recht auf entsprechenden Eintrag in die Währschafts- und Hypothekenbücher begründet sei. Diese Auffassung liegt allerdings der Klage und insbesondere dem Principalpetitum derselben sub 1:

verb. „das Stadtgericht wolle erkennen, daß die Behausung q. gemeinschaftliches Eigenthum der Parteien sei"

zu Grunde, allein das Stadtgericht hat, ausweislich der Entscheidungsgründe zum Erkenntniß vom 14. October 1863, nur eine Verpflichtung des Beklagten zur Gemeinmachung des fraglichen Immobile anerkannt und in dem betreffenden Decisum denselben nur verurtheilt, den Kläger „in das Miteigenthum eintreten zu lassen." Dasselbe ist auch die Auffassung des Appellationsgerichts, und da Kläger sich bei beiden Erkenntnissen beruhigt hat, steht es bereits rechtskräftig gegen ihn fest, daß er noch nicht Miteigenthümer ist. — Es kann denn auch kein Zweifel darüber obwalten, daß die Auffassung der beiden vorigen Gerichte (von welcher sich allerdings das Stadtgericht in seinem späteren Erkenntnisse vom 2. Mai l. J. wieder losgesagt hat) die allein richtige ist. Durch den vom Kläger behaupteten Vertrag konnte überall nur eine persönliche Verpflichtung des Beklagten begründet werden. Um ein Recht des Klägers an dem Hause selbst herbeizuführen, mußte ein zur Uebertragung von Eigenthum an ihn geeigneter Rechtsact hinzukommen. Ein solcher ist aber vom Kläger gar nicht behauptet worden.

2. Andererseits muß jedoch auch die Ansicht des Beklagten, daß durch die vom Kläger behaupteten Vorgänge kein Recht auf Uebertragung des Miteigenthums, sondern nur ein solches auf Rechnungsstellung und Theilung des durch Wiederverkauf des Hauses zu erzielenden Gewinnes begründet werde, für verwerflich erachtet werden.

Die Klagbehauptung geht dahin: die Parteien hätten sich darüber verständigt, daß Beklagter „das Kaufgeschäft mit dem Kläger für gemeinsame Rechnung machen, daß also Erwerb und Verwerthung des Hauses gemeinsam und für gemeinsame Rechnung geschehen solle." Danach stellt sich allerdings als endlicher Zweck des gemeinschaftlichen Unternehmens ein durch Verwerthung des Hauses zu erzielender und

unter beide Contrahenten zu vertheilender Gewinn dar. Allein dieser Gewinn soll dadurch erzielt werden, daß das Haus, nicht allein „für gemeinsame Rechnung“ (was vielleicht noch einigermaßen zweifelhaft erscheinen könnte), sondern „gemeinsam“ erworben und demnächst wieder verwerthet werden sollte, und dem kann keine andere Bedeutung beigelegt werden als die, daß das Haus zunächst „gemeinsam“ werden, also in das Miteigenthum beider Contrahenten übergehen sollte, um später gemeinsam, also von beiden Contrahenten wieder verwerthet zu werden. Hiermit stimmt die weitere Angabe des Klägers über die zur Bekräftigung jenes Uebereinkommens von ihm auf eine dem Beklagten übergebene Visitenkarte geschriebenen Worte: „Ich bin an dem Cotta'schen Hause zur Hälfte betheiligt“, oder „ich nehme halben Antheil an dem Cotta'schen Hause“ oder dergleichen, vollkommen überein. Auch hat das Stadtgericht, ohne daß Kläger hiergegen etwas einwendet, dessen Vorbringen in diesem Sinne aufgefaßt, indem es demselben ein durch Angebot und Annahme zu Stande gekommenes Uebereinkommen des Inhalts zu Beweis verstellt hat: daß Beklagter das „Geschäft“ (d. h. den Ankauf des Cotta'schen Hauses, von welchem allein in dem vorhergehenden Theile des Beweissatzes die Rede ist) „gemeinsam, für gemeinschaftliche Rechnung“ machen solle. Die Gründe, welche Beklagter für die von ihm vertretene Auffassung des in Frage stehenden Uebereinkommens geltend gemacht hat, können für erheblich nicht erachtet werden. Derselbe legt vor allen Dingen theils darauf Gewicht, daß Kläger selbst nicht habe behaupten können, es sei ausgemacht gewesen, daß das Haus v. Cotta auf den Namen Beider gekauft werden solle, theils darauf, daß ein solcher Kauf auf gemeinschaftlichen Namen gar nicht mehr möglich gewesen, weil er, Beklagter, bereits vor Beginn der Verhandlungen mit dem Kläger das Haus auf seinen alleinigen Namen definitiv erkauft gehabt habe. Allein ob dem Verkäufer gegenüber auch der Kläger aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet werden, oder ob nur der Beklagte als Käufer auftreten sollte, oder ob der Kauf gar schon von diesem auf seinen alleinigen Namen abgeschlossen war, ist für die Frage, welche Rechte der Kläger aus dem Societätsvertrage dem Beklagten gegenüber erworben hat, ganz indifferent. Sein Recht auf Gemeinmachung der gekauften Sache, also auch Uebertragung des Miteigen-

thums an dem fraglichen Hause, ist begründet, wenn nur erweislich die Absicht der Contrahenten dahin ging, daß das vorzunehmende Kaufgeschäft unter ihnen und für sie ein gemeinschaftliches Geschäft hat sein sollen.

Hierdurch erledigt sich auch die Argumentation des Beklagten, daß bei dem vorliegenden, zwischen Kaufleuten geschlossenen und auf einen durch An- und demnächstigen Wiederverkauf des Hauses zu erzielenden Gewinn abzweckenden Vertrage die Absicht einer kaufmännischen Behandlung des ganzen Geschäfts zu vermuthen sei, und eine solche dahin führe, daß nach Außen hin nur Einer der Gesellschafter — hier der Beklagte — auftrete und den alleinigen Repräsentanten der Gemeinschaft bilde. Es handelt sich, wie bemerkt, hier nicht um das Verhältniß der Gesellschafter dritten Personen gegenüber, sondern um die durch den Gesellschaftsvertrag unter ihnen begründeten Rechte.

Nun ließe sich allerdings auch ein Gesellschaftsvertrag des Inhalts denken, daß die durch Einen der Contrahenten zu erkaufende Sache in dessen Alleineigenthum verbleiben, er allein zu Dispositionen darüber berechtigt und nur zugleich verpflichtet sein solle, sie bestmöglichst wieder zu verkaufen und den Gewinn mit dem anderen Contrahenten zu theilen. Allein es bedarf keiner Ausführung, daß dies in dem vom Kläger behaupteten Uebereinkommen, daß das Kaufgeschäft „gemeinsam, für gemeinschaftliche Rechnung" gemacht werden solle, nicht liegt, vielmehr dadurch geradezu ausgeschlossen wird.

Wenn Beklagter aber dermalen den Inhalt seiner Behauptungen dahin resümirt,

> daß wenn eine vermeintliche Vereinigung zu gemeinsamer Speculation hier vorliege, ausdrücklich und durch concludente Handlungen sich die Verabredung darstelle, daß das an Beklagten von Herrn v. Cotta allein verkaufte Haus auch unter des Beklagten Namen allein in das Transscriptionsbuch eingetragen werde, als dessen alleiniges Eigenthum figuriren solle,

so würde — auch wenn diese Bemerkung begründet wäre — sie auf den dem Kläger über seine Klagbehauptung nachzulassenden Beweis keinen Einfluß üben, sondern höchstens zur Nachlassung eines speciellen Gegenbeweises für den Beklagten führen können. Eine solche ist aber in der hier bezeichneten Richtung gar nicht begehrt,

und es fehlte in der That nach den Verhandlungen erster Instanz an allem Stoffe zu derselben, da Beklagter dort eine factische Behauptung des obigen Inhalts gar nicht aufgestellt hat.

B. Die vom Stadtgerichte weiter ausgesprochene eventuelle Verurtheilung des Beklagten zur Vorlage aller den Ankauf und die Wiederverwerthung des Hauses ꝛc. betreffenden Scripturen, würde selbst dann gerechtfertigt erscheinen, wenn man dem vom Kläger zu erweisenden Vertrage nur die vom Beklagten beigelegte Bedeutung einräumen wollte. Immer würde dem Kläger nicht allein ein Recht auf Rechnungsstellung, sondern auch die Befugniß zugestanden werden müssen, den Beklagten zu controliren, daß er zum Zwecke einer günstigen Abwickelung des ganzen Geschäfts, die gehörige Diligenz aufwende, so wie man es ihm auch nicht würde nehmen können, seinerseits durch Anschaffung von Käufern ꝛc. zu einem guten Wiederverkaufe beizutragen. Die Befugniß zur Kenntnißnahme von dem, was seitens des Beklagten bereits gehandelt oder vorbereitet ist, folgt daraus von selbst. Besondere Gründe, weshalb eine zeitweise Vorenthaltung gerechtfertigt wäre, sind auch überall nicht vorgebracht.

C. Was endlich die eventuelle Verurtheilung des Beklagten anlangt, allen durch die bisherige Nichtanerkennung der Mitberechtigung des Klägers an dem in Rede stehenden Hauskaufe erweislich entstandenen oder ferner entstehenden Schaden zu ersetzen, so ist nicht nur im Allgemeinen die Verpflichtung zum Schadensersatze eine selbstverständliche Folge des vertragswidrigen Verhaltens des Beklagten, sondern es hat auch insbesondere dessen Meinung, daß er nur zur Präſtation von deligentia quam in suis rebus habe schuldig erachtet werden können, bereits in den Entscheidungsgründen des Appellationsgerichts ihre Widerlegung gefunden, und bedarf um so weniger einer neuen Erörterung, als Beklagter zwar sein ganzes Grav. II. voriger Instanz als noch zur Cognition des Ober-Appellationsgerichts stehend bezeichnet hat, auf jenen speciellen Punkt aber in seiner gegenwärtigen Appellationsschrift überall nicht näher eingegangen ist.

II. Grav. V. voriger Instanz hat die Einrede des dolus specialis zum Gegenstande.

A. Das Stadtgericht hat diese Einrede, ohne auf das Materielle einzugehen, deshalb unberücksichtigt gelassen, weil dieselbe nur gegen

den Rechtsbestand derjenigen, von der klagend geltend gemachten, wesentlich verschiedenen, Verbindlichkeit gerichtet erscheine, welche dem Beklagten, nach Maßgabe des von ihm angegebenen Sachverhalts obliegen würde, um deren Existenz oder Nichtexistenz es sich jedoch dermalen gar nicht handele.

Diese Auffassung hat auch Vieles für sich. Beklagter hat in § 7 in fine seiner Vernehmlassung, nachdem er die Klagbehauptungen, wie sie vorgebracht waren, geleugnet und zu zeigen versucht hatte, daß auch bei Zugrundelegung derselben die darauf gegründeten Anträge nicht gerechtfertigt seien, den Uebergang zu seinem jetzt in Frage stehenden Vorbringen durch die Bemerkung gemacht:

„Wiewohl sich aus dem bisherigen Vortrage die Klage überall als unwahr und ungegründet darstellt, so soll noch zu allem Ueberfluß höchst eventuell weiter vorgetragen werden:"

In § 8 folgt dann eine Darstellung des Sachverhalts wie Beklagter ihn gelten lassen will. Danach hat er am 7. April das Haus für fl. 200,000 von Cotta erkauft, am 8. dies dem Kläger mitgetheilt, und es ist zwischen ihnen ein Uebereinkommen des Inhalts zu Stande gekommen, daß, wenn es dem Kläger gelinge, das Haus für fl. 250,000 an die Darmstädter Bank sofort wieder zu verkaufen, ohne daß Beklagter irgendwelche Auslagen zu machen hätte, Beklagter dem Kläger die Hälfte des auf diese Weise erzielten Nutzens zukommen lassen wolle. Ungeachtet dieses Uebereinkommens nun behauptet Beklagter weiter, habe Kläger noch an demselben 8. April durch Behrens dem Herrn v. Cotta auf das fragliche Haus ein Mehrgebot von fl. 10,000 machen lassen, was von diesem jedoch zurückgewiesen worden sei. Außerdem habe Kläger in den dortigen Localblättern wahrheitswidrige Anzeigen des Inhalts einrücken lassen, als sei das Haus auf Beide, Beklagten und Kläger käuflich übergegangen. Dann heißt es wörtlich:

„Dieses eben so hinterlistige als treulose Verfahren Klägers bewog den Beklagten allen Verkehr mit ihm abzubrechen; er stellte ihm das Lügenhafte und Treulose seines Handelns vor und erklärte ihm, daß er sich nach solchen Vorgängen selbst nicht an seine bedingte Zusage gebunden halte. Und Beklagter war hier in seinem vollen Rechte. Denn die Treulosigkeit des Klägers entband ihn aller und jeder un-

bedingten oder bedingten Verpflichtung, wenn selbst eine solche, wie nicht der Fall, bestanden hätte." Weitere Vorschläge des Klägers über die zum Behufe des Verkaufes des Hauses an die Darmstädter Bank anzuwendenden Mittel, fährt dann Beklagter fort, hätten um so mehr vom Kläger fern zu bleiben geheißen, „dem gegenüber keine Verpflichtung, insbesondere keine unbedingte, übernommen worden war; dem gegenüber selbst eine bedingt übernommene Zusage nach dem Gebahren des Klägers im Allgemeinen und in Folge seines Treubruchs alles rechtlichen Werths verlustig gegangen war."

Auf Grund dieses Vorbringens wurde „die Einrede des anderen Sachverhalts, des doli mali specialis" der Klage entgegengesetzt.

Der Eindruck dieser ganzen Vertheidigung ist nicht der, daß Beklagter geltend machen wollte: Wenn auch das Uebereinkommen so, wie Kläger es behaupte, zu Stande gekommen sein sollte, so sei derselbe doch seiner Rechte daraus durch Treubruch verlustig gegangen, sondern der: daß ein Uebereinkommen ganz anderen Inhalts als geschlossen, auch dieses aber als nicht mehr für den Beklagten verbindlich dargestellt werden sollte. War ersteres die Absicht, so konnte und mußte richtigerweise von dem anderen Sachverhalte ganz abstrahirt und die exceptio doli dem vom Kläger behaupteten Vertrage entgegengestellt werden. Statt dessen ist die Treulosigkeit des Klägers lediglich mit dem vom Beklagten erzählten Sachverhalte in Verbindung gebracht. Ja, was über unrichtige Anzeigen des Klägers in öffentlichen Blättern erzählt ist (worauf Beklagter seine Berechtigung zum Rücktritt doch mit gründet) trifft überall nur zu, wenn man die beklagtische Sachdarstellung als die richtige unterstellt. Auch will Beklagter dem Kläger selbst nur seinen Rücktritt von der bedingt übernommenen Verpflichtung (d. i. eben der aus der beklagtischen Darstellung sich ergebenden) erklärt haben und betont er in der zuletzt wörtlich mitgetheilten Stelle den Gegensatz: Eine unbedingte Verpflichtung sei nicht übernommen, die bedingt übernommene in Folge der Treulosigkeit des Klägers erloschen. Endlich zeigt Einleitung wie Schluß des ganzen Vorbringens, daß Beklagter nicht eine zweifache Vertheidigung:

1. die sog. Einrede des anderen Sachverhalts und
2. die Einrede des dolus im Sinne gehabt, sondern vielmehr

Beides als zusammenfallend angesehen, in dem anderen Sachverhalte zugleich den dolus gefunden hat.

Wollte man indeß auch eine dem Beklagten günstigere Auffassung des Vertrags eintreten lassen — welchenfalls selbstverständlich aus der ganzen Sachdarstellung nur das in Betracht kommen könnte, was auch dann, wenn Kläger den factischen Grund seiner Klage erweist, noch wahr sein und diesem gegenüber Erheblichkeit gewinnen könnte, also nicht nur die ganze Erzählung von einer bloß bedingten Zusage (welche, wie bereits anerkannt ist, im Gegenbeweise benutzt werden kann), sondern auch die Anzeige des gemeinschaftlichen Erwerbes des Hauses in öffentlichen Blättern außer Betracht bleiben und Alles sich auf den angeblichen Versuch des Klägers, durch ein Mehrgebot das Haus für sich und Behrens zu erwerben, reduciren würde — so mußte doch

B. die Einrede als materiell unbegründet verworfen werden. Der dolus, welchen Beklagter dem Kläger zum Vorwurfe macht, bezieht sich nicht auf die Eingehung des Gesellschaftsvertrages, sondern soll, nach bereits geschlossenem Uebereinkommen, in Beziehung auf die Ausführung des gemeinschaftlichen Geschäfts verübt sein. Ein solcher dolus macht den Gesellschaftsvertrag nicht nichtig, sondern erzeugt nur Rechtswirkungen aus demselben gegen den treulosen Mitcontrahenten. Es kann dahin gestellt bleiben, ob zu diesen Rechtswirkungen in einem Falle, wo wie vorliegend nur ein einzelnes Geschäft den Gegenstand der Gemeinschaft bildet, auch die zu zählen ist, daß der Gesellschafter, gegen welchen der dolus verübt ist, sich, ohne die Nachtheile, die sonst eine unzeitige Renunciation nach sich zieht, zu erleiden, von der Gemeinschaft lossagen kann. Denn die Bedeutung des Renunciationsrechtes ist überhaupt nicht die, daß der Zurücktretende dadurch ohne Weiteres aller seiner Pflichten gegen den andern Theil entbunden würde. So lange noch res integra ist, wird allerdings der rechtmäßige Rücktritt des einen Theils die Sache in die Lage bringen, als hätte nie ein Gesellschaftsvertrag bestanden. Anders aber, wenn in Folge des Vertrages bereits Acte vorgegangen sind, wodurch specielle Rechtsverhältnisse dinglicher oder persönlicher Natur zwischen den Gesellschaftern begründet worden sind. Diese erlöschen nicht durch den Rücktritt.

Was nun den vorliegenden Fall betrifft, so war, nach der eigenen Darstellung des Beklagten, zur Zeit, wo Kläger durch den Versuch, das Haus für sich zu erwerben, eine Treulosigkeit begangen haben soll, nicht mehr res integra; Beklagter hatte vielmehr das Haus bereits fest erkauft. War dies, wie Kläger behauptet (aber freilich mit der Darstellung des Beklagten unvereinbar ist) nach dem in der Klage angegebenen Uebereinkommen geschehen, so war damit das Haus für gemeinschaftliche Rechnung erkauft, und die specielle Verpflichtung des Beklagten, dasselbe in das Miteigenthum des Klägers zu bringen, begründet.

Nicht anders stellt sich aber auch dann die Sache, wenn Beklagter das Haus bereits erkauft gehabt hatte, als er sich dem Kläger verpflichtete, das Geschäft für gemeinschaftliche Rechnung und gemeinsam zu machen. Es kann der Sinn dieser Verpflichtung, wenn das Geschäft mit v. Cotta bereits geschlossen war, kein anderer sein, als der, der Kauf solle unter den Parteien so gelten, als wäre er zum Behuf einer gemeinsamen Erwerbung für gemeinschaftliche Rechnung gemacht, und die rechtlichen Folgen müssen also ganz dieselben sein, wie wenn die Verabredung dem Hauskaufe voranging.

Hiernach war, mit dem Appellationsgerichte, anzunehmen, daß die von dem Beklagten behauptete Treulosigkeit des Klägers so wenig an seiner Hauptverbindlichkeit, das Haus in das Miteigenenthum des Klägers zu übertragen, als an den sub II. b. und c. des Stadtgerichtserkenntnisses bezeichneten Nebenverbindlichkeiten etwas ändern kann, die Einrede also verworfen werden muß.

Grav. II. gegenwärtiger Instanz über die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten voriger Instanz erhoben, stellt sich als eine bloß consecutive Beschwerde dar, und war, da es bei der angefochtenen Entscheidung in der Hauptsache sein Bewenden behält, zu verwerfen. Auch mußte Beklagter bei der Grundlosigkeit aller anher verfolgten Beschwerden in die Kosten gegenwärtiger Instanz verurtheilt werden.

380.

Nathan Strauß, Kläger gegen **Friedrich Lust**, Beklagten, Vertragsverhältniß, insbesondere Anlage eines Verbotes betreffend (Causa II).

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 2. Mai 1864.

Wie schon in den Entscheidungsgründen zum diesseitigen Erkenntnisse vom 14. October 1863 constatirt worden ist, verfolgt Kläger mit der erhobenen Klage in erster Linie die Anerkennung und Verwirklichung seines Miteigenthumsrechtes an der Behausung Lit. E Nr. 7a auf Grund und als Folge der dieserhalb mit dem Beklagten abgeschlossenen, allerdings erst noch zu beweisenden, Uebereinkunft.

Daß das in Rede stehende Haus, als Gegenstand des bestrittenen dinglichen Rechtsanspruches Klägers, in der That Streitgegenstand ist, kann hiernach nicht zweifelhaft sein.

Die Pflicht des Beklagten, sich während der Dauer des Rechtsstreites jeder einseitigen Veränderung des Streitobjectes durch Niederreißung, Verkauf oder Verpfändung zu enthalten, erscheint demzufolge überall begründet, und wenn auch die Ref. (I. 25) die Nichtachtung solcher Rechtspflicht ausdrücklich nur mit Repressivmaßregeln bedroht, so kann doch darum die Zuläßigkeit geeigneter Präventivmaßregeln gegebenen Falles nicht ausgeschlossen erscheinen.

Da nun Beklagter die bestimmte Behauptung Klägers, daß er die Absicht habe, das in Frage stehende Haus niederzulegen, um dessen Grund und Boden zu parcelliren und zu verkaufen, nirgends mit Bestimmtheit in Abrede stellen konnte, so ist neben dem Rechte des Klägers — nämlich demjenigen auf Aufrechthaltung des status quo bezüglich des in Streit befangenen Hauses — auch die Gefahr bezüglich der künftigen Realisirung seines beanspruchten Miteigenthums-

rechtes genügend klargestellt, und muß daher das Verlangen nach Erlaß einer entsprechenden Provisionalverfügung für gerechtfertigt erachtet werden.

Dagegen erweist sich das Begehren Beklagtens nach einer von dem Kläger zu leistenden Sicherheit für die Streitkosten in der dermaligen Lage des Prozesses als verspätet und unzulässig.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Es wird dem Beklagten für die Dauer des Rechtsstreites jedwede Veränderung mit dem Hause Lit. E. Nr. 7a durch Niederreißen oder sonst, Verkauf oder Verpfändung untersagt und der Transscriptions- und Hypothekenbehörde der Eintrag eines entsprechenden Verbotes aufgegeben.

II. Der Antrag des Beklagten auf eine von dem Kläger zu leistende Kostensicherheit wird verworfen.

III. Beklagter hat dem Kläger die durch seinen Widerspruch gegen den gestellten Antrag entstandenen Kosten zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 11. Mai 1864.

Auf Appellation des Beklagten.

Nach der in dem diesseitigen Erkenntnisse vom 11. Januar d. J. [6] act. 2dae enthaltenen Auffassung des Sach- und Rechtsverhältnisses ist Klage aus einem, wie der Kläger angibt, von diesem mit dem Beklagten abgeschlossenen Societätsvertrage aufgehoben worden.

Führt Kläger den ihm auferlegten Beweis dieses Vertrags, so ist damit die Pflicht des Beklagten hergestellt, das Haus Lit. E. Nr. 7a in der großen Gallusstraße, wodurch das gemeinschaftlich bezweckte Geschäft verwirklicht werden soll, gemein zu machen, das Miteigenthum dem Kläger zu gewähren.

Es handelt sich somit um eine Forderung des Klägers aus dem persönlichen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft, wobei dieses Recht als solches, nicht aber das erst durch Anstellung einer dinglichen Klage litigös werdende Haus Lit. E. Nr. 7a selbst und dessen Eigenthum den eigentlichen Streitgegenstand bildet.

cf. Novell. 112. Cap. 1.

Orth, Anmerkungen zur Reform. (II. Tit. 2. § 3.) I. Bd. S. 137.

Seuffert, Archiv. I. Bd. S. 209.

Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 30. November 1850 in Sachen Schmidt ca. Bauamts-Eisenbahn-Commission (in Römer, Sammlung. II. Bd. S. 477).

Die Veränderungen, welche der Beklagte mit dem zur Zeit ihm allein eigenthümlich zugeschriebenen Hause Lit. E. Nr. 7a während des sein Societätsverhältniß zu dem Kläger betreffenden Rechtsstreites vornehmen mag, berühren demnach nicht den Streitgegenstand im rechtlichen Sinne, können also auch nicht unter den Gesichtspunkt der rechtlich unzulässigen Neuerungen gestellt und als solche untersagt werden.

Ebensowenig ist das unter I. des stadtgerichtlichen Bescheids vom 2./3. Mai d. J. ausgesprochene Verbot als Sicherungsarrest wegen einer bevorstehenden nachtheiligen Veränderung auf Grund und nach Analogie

Art. 76, 53, 4 der Prov. Proz.-Ordn.

statthaft.

Der Beschwerde des Beklagten ist diesem nach insoweit zu entsprechen, als dieselbe die Aufhebung des erkannten Verbots und den Ersatz der Kosten erster Instanz betrifft, wogegen der Antrag auf Leistung einer Prozeß-Caution aus dem von dem Stadtgericht angeführten Grunde zu verwerfen ist.

Aus diesen Gründen wird:

1. das unter I des stadtgerichtlichen Bescheids vom 2./3. Mai d. J. rücksichtlich des Hauses Lit. E. Nr. 7a dahier erkannte Verbot jeder Veränderung und Veräußerung, sowie der verordnete Eintrag in die Transscriptions- und Hypothekenbücher aufgehoben;
2. statt des unter III. ebendaselbst wegen der Kosten Erkannten verfügt, daß Kläger dem Beklagten die Letzterem durch das Verfahren über den Antrag in [22a] act. 1ae entstandenen Kosten erster Instanz zu ersetzen hat.
3. Die Vergleichung der Kosten dieser Instanz ausgesprochen

und hat der Appellat dem Appellanten die Hälfte des heutigen Protokolls und Urtheilsstempels zu erstatten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 24. November 1864.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. Mai 1864 soviel die Kosten voriger Instanz betrifft, zu bestätigen, im Uebrigen aber aufzuheben, und das Urtheil des Stadtgerichts vom 2. desselben Monats wieder herzustellen sei.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen und die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Kläger hat seinen Antrag: die Transscriptions- und Hypothekenbehörde anzuweisen, ein Veräußerungsverbot dahin einzutragen, daß jede Veräußerung und Verpfändung der Liegenschaft Lit. E Nr. 7a bis auf weitere Verfügung untersagt sei, in der Eingabe vom 7. April l. J. darauf gegründet, daß diese Liegenschaft „als Streitobject" weder veräußert noch hypothekarisch belastet werden dürfe.

Ohne Zweifel ist hierbei zunächst:

A. an das römisch-rechtliche Verbot der Veräußerung einer res litigiosa gedacht. — Daß dieses Verbot nur dann Platz greift, wenn über das Eigenthum einer Sache gestritten wird, ist in Nov. 112. Cap. 1 ausdrücklich gesagt und vom Ober-Appellationsgericht wiederholt anerkannt.

Fleck ca. Rühl. Frankfurt 1841 (E. Gr. S. 9). *)

Schmidt ca. Bauamts-Eisenb.-Commission. Frankfurt 1850 (E. Gr. S. 7). **)

Zu einem Streit über Eigenthum aber gehört, daß solches von der

*) Siehe S. 521.

**) Siehe S. 522.

einen Seite behauptet, von der anderen in Abrede gestellt wird. Durch eine bloß persönliche Klage auf Uebertragung von Eigenthum wird dieses selbst nicht streitig, sondern viel eher umgekehrt der Beklagte als Eigenthümer anerkannt.

Nun hat allerdings vorliegend Kläger in der Klage principaliter beantragt, das Stadtgericht wolle erkennen, „daß die Behausung Lit. E. Nr. 7a gemeinschaftliches Eigenthum der Parteien sei", und kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieser Klagantrag einen Streit über das Eigenthum an der fraglichen Liegenschaft involvirte, dieselbe also zu einer litigiösen machte. Allein die Klage, soweit sie auf Anerkennung eines bereits bestehenden Miteigenthums gerichtet worden war — in welcher Beziehung auf die Entscheidungsgründe zum Erkenntnisse vom heutigen Tage in Causa I. verwiesen werden kann — zur Zeit als der jetzt in Frage stehende Antrag gestellt wurde (7. April 1864) bereits rechtskräftig beseitigt, indem das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 14. October 1863 als Folge des dem Kläger auferlegten Beweises nur die Verpflichtung des Beklagten, Jenen in das Miteigenthum aufzunehmen, anerkannt und Kläger sich dabei beruhigt hatte. Das Haus war also nicht mehr res litigiosa im Sinne des Römischen Rechtes.

Die Bezugnahme auf den in Betreff des fraglichen Hauses obschwebenden Rechtsstreit konnte und mußte indeß

B. auch zu der Frage führen, ob der Antrag des Klägers nicht in dem vom Canonischen Rechte:

Tit. X. 2, 16,
Lib, VI. 2, 8,
Clem. 2, 5

aufgestellten Verbot, „Ut lite pendente nihil innovetur", welches in die Frankfurter Reformation, Th. I. Tit. 25: „daß in hangenden Rechten kein Neuwerung soll fürgenommen werden", übergegangen ist, seine Begründung und Rechtfertigung finde — ein Gesichtspunkt, auf den bereits das Stadtgericht, und auch in gegenwärtiger Instanz der Kläger ausdrücklich hingewiesen hat. Diese Frage war zu bejahen. Daß das hier erwähnte Verbot ein ganz allgemeines, für alle Arten von Klagen geltendes ist, und unter dasselbe alle Veräußerungen des Besitzes und Eigenthums von Sachen fallen, über welche als spe-

cies prozessirt wird, hat das Ober-Appellationsgericht bereits in der erwähnten Sache:

Fleck ca. Rühl 1841, vergl. auch

Bender, Frankf. Priv.-Recht, S. 376

ausgesprochen. Es handelt sich bei diesem Verbote nicht bloß um die während des Prozesses etwa vorzunehmenden rechtlichen Veränderungen an dem juristischen Gegenstand des Streits, also im Falle einer persönlichen Klage an dem bestrittenen Forderungsrechte selbst, in Beziehung auf welches eine einseitige Veränderung von Seiten des Schuldners überhaupt gar nicht möglich erscheint; das Verbot erstreckt sich vielmehr in einem solchen Falle auf den Gegenstand des bestrittenen Forderungsrechtes, welcher mittelbar wenigstens auch ein Object des Rechtsstreites bildet, und umfaßt alle auch nur factischen Aenderungen des gegenwärtigen Zustandes, welche zum Nachtheile des Gegners gereichen würden. Ist gleich der Schuldner während des unentschiedenen Rechtsstreites noch Eigenthümer des Gegenstandes des Forderungsrechtes, so würde doch jedenfalls eine Alienation desselben den Nachtheil für den Kläger herbeiführen, daß er nun nicht mehr in diesem Rechtsstreite die Naturalrestitution des Gegenstandes selbst und damit die wirkliche Begründung eines Eigenthums oder Miteigenthums an demselben bewirken und durchführen könnte. Dieses Interesse, welches schon das neuere Römische Recht in der Möglichkeit einer Richtung der Execution auf den factischen Gegenstand des Forderungsrechtes selbst anerkennt, soll durch das fragliche Verbot ebenfalls geschützt werden.

Wenn nun die Reformation am angeführten Orte §§ 3 und 4 zunächst nur den Fall ins Auge faßt, wo, den gesetzlichen Bestimmungen zuwider, eine Innovation bereits stattgefunden hat, und für diesen Fall dem Richter für die Widerherstellung des früheren Zustandes zu sorgen anbefiehlt, so liegt doch darin, von selbst und ist auch in der Praxis allgemein anerkannt:

vergl. Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses (2. Auflage) S. 118,

daß im Falle dringender Gefahr eines Attentats der Richter auch zu vorbeugenden Maßregeln berechtigt ist.

Daß aber eine solche Gefahr hier vorliege, ist vom Stadtgerichte

auf Grund des von ihm hervorgehobenen stillschweigenden Eingeständnisses des Beklagten mit Recht angenommen worden, und kann vollends nach dem von dem Letzteren in gegenwärtiger Instanz, insbesondere in seiner Eingabe vom 30. Mai 1864, abgegebenen Erklärungen

Act. Lust ca. Strauß (Causa I.) [11]

nicht mehr bezweifelt werden.

Die Meinung des Beklagten endlich, daß Kläger bei Stellung des fraglichen Antrages verpflichtet gewesen wäre, sich zu einer Caution im Betrage von mindestens fl. 70—80,000 zu erbieten, oder doch das Stadtgericht zu veranlassen, die Größe der Caution zu bestimmen, findet in den Gesetzen keine Begründung. Es handelt sich hier nicht um eine Arrestanlage nach Maßgabe des § 53 sub 4 der provisorischen Prozeßordnung, welchen Gesichtspunkt nur eventuell geltend machen zu wollen Kläger ausdrücklich erklärt hat, sondern um ein bereits in den allegirten Vorschriften des Canonischen Rechts und der Frankfurter Reformation begründetes Verbot, dessen Anwendung im einzelnen Falle von einer Cautionsleistung des Imploranten nirgends abhängig gemacht ist.

Mußte hiernach, ohne daß in dem Mangel eines Cautionsanerbietens ein Hinderniß gefunden werden konnte, dem klägerischen Antrage entsprochen und demzufolge das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 3. Mai 1864 wieder hergestellt werden, so ist damit doch der Frage nicht präjudicirt, ob nicht Beklagter, nach Maßgabe der besonderen Umstände des vorliegenden Falles, eine Sicherheitsleistung wegen der aus dem Veräußerungsverbote ihm drohenden Nachtheile zu beanspruchen berechtigt sei, und bleibt es ihm überlassen, mit einem deshalbigen Antrage, insoweit er damit durchzukommen vermeint, an das Stadtgericht sich zu wenden.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz waren bei dem eingetretenen Wechsel der Erkenntnisse zu vergleichen.

Was endlich den Antrag des Beklagten auf Rüge beleidigender Schreibart des Gegners anlangt, so konnte demselben nicht entsprochen werden. Die Hinweisung des Klägers auf bereits verübten und ferner zu besorgenden dolus des Beklagten, welche in der Aeußerung S. 9 des Appellationslibells:

„Von einem Mann, der empfangene Urkunden geradezu ab-

leugnet, erhalten zu haben, darf man sich wohl auch anderweiter doloser Handlungen versehen"

sich findet, sollte, dem Zusammenhange nach, mit zur Motivirung des beantragten Veräußerungsverbots dienen und kann als ein gar nicht zur Sache gehöriger frivoler Ausfall gegen die Person des Gegners nicht ohne Weiteres angesehen und behandelt werden. Unter diesem Gesichtspunkte aber würde derselbe dem Prozeßgerichte als solchem Anlaß zum disciplinarischen Einschreiten geben.

Auszüge aus den Seite 517 angezogenen Entscheidungen in Sachen:

1. Fleck ca. Rühl 1841.

Die verschiedenen Einwendungen, welche der Implorant gegen die Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit des Verbots vom 16. Juli vorgebracht hat, sind sämmtlich unbegründet. Denn

a. wenn er sich darauf beruft, daß nach der

Nov. 112, Cap. 1.

zum Begriffe einer res litigiosa ein Prozeß über das Eigenthum erfordert werde, Daniel Rühl aber nur eine persönliche Klage aus einem Vertrage angestellt habe, so wird theils in diesem Prozesse allerdings über das Eigenthum an dem Weingarten gestritten,

was nach der Nov. 112, zumal nach dem Griechischen Texte, genügt, wenn auch die angestellte Klage keine rei vindicatio sein sollte, und von dem, der Klage zum Grunde gelegten und im Erkenntnisse vom 13. März 1837

zum Beweise verstellten Vertrage hängt gerade die Frage ab, welcher von beiden Parteien das Eigenthum wirklich zusteht; theils würde, wenn hierbei ein Bedenken wäre, jedenfalls das ganz allgemeine, für alle Arten Klagen geltende Verbot des Canonischen Rechts ut lite pendente nihil innovetur,

Titt. ut lite pendente X. in 6to,

welches ebenso in die

Frankf. Reform. Th. 1, Tit. 25

aufgenommen ist, zur Anwendung kommen, da unter diesen verbotenen Innovationen alle Veräußerungen des Besitzes und Eigenthums von Sachen, über welche als species prozessirt wird, mit begriffen sind,

und dies führt zu demselben Resultate, da das Canonische Recht solche Innovationen ebenfalls für unwirksam erklärt.

c. 1, c. 2, ut lite pendente, in 6to.

2. Schmidt ca. Bauamts-Eisenbahn-Commission 1850.

Der obengedachte Fall liegt aber gegenwärtig in jeder Hinsicht vor. Denn

a. daß die Grundstücke selbst nicht dadurch res litigiosa geworden sind, daß Schmidt als Eigenthümer derselben gegen die Beklagte ein interdictum ne quid in loco publico facias angestellt hat, ist klar, da hierzu ein Prozeß über das Eigenthum der Grundstücke erforderlich sein würde.

Nov. 112, Cap. 1.

381.

Pagenstecher & Comp. zu Düsseldorf, Kläger, jetzt Appellaten gegen **F. Lausberg & Comp.**, Beklagte, jetzt Appellanten, Forderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 3. December 1864.

Unter den Gründen, durch welche die Kläger eine sofortige Verurtheilung der Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte für gerechtfertigt erachten, waren zwei zu verwerfen.

Eine Anerkennung des klägerischen Guthabens ist in dem Briefe der Beklagten vom 24. November 1862 nicht enthalten, da in solchem zwar in Uebereinstimmung mit dem von den Klägern unterm 8. November ausgesprochenen Wunsche, die conforme Gutschrift der am 16. November nebst Factura bei den Beklagten angelangten Cigarren ausgesprochen, daneben aber mittelst der Erklärung, es sei ihnen bis dahin noch nicht möglich gewesen, die insoweit preiswürdige Waare so zu prüfen, wie es geregelte Geschäftsprincipien erheischen dürften, jenem Ausspruch die Bedeutung einer definitiven Buchung benommen ist, indem der Umstand, daß der zweite Satz von dem ersten durch einen anderen, welcher ein neues Angebot enthält, getrennt ist, nicht geeignet erscheint, den an sich klaren, auch von dem Beklagten im Schreiben vom 19. December geltend gemachten Wortverstand zu beeinträchtigen.

Ebensowenig kann davon die Rede sein, daß den Beklagten durch ihre Verfügung über 5 Mille die Befugniß entzogen sei, die übrigen 20 Mille den Klägern zur Verfügung zu stellen, da der Kaufpreis per Mille festgesetzt und die Waare nicht als Ganzes verkauft ward.

Dagegen mußte mit dem Appellationsgericht angenommen werden, daß die Beklagte am 19. December nicht mehr befugt war, die angenommene Waare zurückzuweisen. Das Ober-Appellationsgericht hat

in wiederholten Entscheidungen die Verpflichtung des Käufers ausgesprochen, eine bestellte und von auswärts übersandte Waare alsbald zu untersuchen und das Ergebniß der Prüfung zur Kunde des Verkäufers gelangen zu lassen, widrigenfalls dem Rechte des Käufers, die Waare wegen sofort erkennbarer Mängel auszuschießen, präjudicirt sei. Gegenwärtig fragt es sich daher nur, welchen Zeitraum im einzelnen Falle jenes „alsbald" umfasse. Nun läßt sich freilich nicht verkennen, daß, wenn die Prüfung mit gleicher Umständlichkeit vor sich gehen sollte, wie solche bei der Verpackung nach der Darstellung der Kläger vom 8. November zur Anwendung gebracht ist, ein erheblicher Zeitaufwand mit der Prüfung verbunden gewesen sein würde. Und ferner, daß, wenn man in dem Schreiben vom 24. November eine Bitte um Befristung mit der Untersuchung zu finden hätte, das desfallsige Schweigen der Kläger wohl als Gestattung einer geraumeren Frist sich auffassen ließe, als diejenige sein würde, welche der Regel nach in gleichen Fällen bewilligt werden möchte.

Allein andererseits war entscheidend, daß nicht angenommen werden konnte, jene Schilderung der Genauigkeit bei der Verpackung sei mehr als eine Anpreisung der eigenen Sorgfalt, so daß schon deshalb sich hiervon ein sicherer Schluß auf die für die Untersuchung der Waare erforderliche Zeit nicht machen ließ. Und ebensowenig ist in dem Schreiben vom 24. November eine Fristbitte mit der Klarheit ausgesprochen, welche berechtigen könnte, unter Anwendung des Grundsatzes, daß der gute Glaube es unter Geschäftsfreunden der Regel nach erheischt, briefliche Mittheilungen, mit denen man nicht übereinstimmt, abschläglich zu beantworten, ein Einverständniß der Kläger mit dem Wunsche der Beklagten aus dem Stillschweigen der Ersteren im Schreiben vom 28. November zu entnehmen. Vielmehr war allen vorkommenden Umständen nach, insonderheit in Beihalt der zu prüfenden Quantität anzunehmen, daß die Beklagte bis zum 5. December ausreichende Muße haben mußte, um die ihnen obliegende Untersuchung anzustellen. Wenn sie also unter jenem Datum, wo sie in Bezug auf andere Geschäfte einen Brief an die Kläger richtete, der in Rede stehenden Waare nicht gedachte, so waren die Kläger beberechtigt zu der Annahme, daß ein Ausschießen der Waare auf Grund von sofort erkennbaren Mängeln nicht stattfinden werde und brauchen

sich die nach länger als einem Monat seit Empfang der Waare beliebte Stellung derselben zu ihrer Verfügung nicht gefallen zu lassen.

Es fragt sich daher weiter, ob und unter welchen Voraussetzungen, auf Grund von in erster Instanz vorgeschützten Einreden die Annahme der Billigung sich beseitigen lasse.

Unzweifelhaft ist hier zunächst, daß das Vorhandensein eines dolus im engeren Sinne deren Bedeutung beseitigen würde. Allein nach dieser Richtung hin fehlt es an der Behauptung erheblicher Thatumstände.

Anders dagegen verhält es sich mit dem Einwand heimlicher Mängel. Daß die gedachte Billigung nur die fernere Geltendmachung äußerlich erkennbarer Fehler beseitige und die Grundsätze des Aedilenedictes daneben Bestand haben, ist selbstverständlich.

Es fragt sich daher nur, ob eine Einrede demselben entnommen ist und den Beklagten zum Beweise verstellt werden kann. Nun ließe sich zwar zunächst geltend machen, es sei eine desfallsige Einrede in der Vernehmlassung mit Bestimmtheit nicht vorgeschützt. Und ferner, die hervorgehobenen Mängel seien im Cigarrenhandel überall nicht als heimlich aufzufassen. Jedenfalls aber fehle es an einer deutlichen Angabe, daß die Beklagten die Absicht gehabt hätten, jene Mängel als heimliche zu charakterisiren, also an einer ausreichenden Begründung auch dieser Einrede. Erwägt man indessen hiergegen, daß die Beklagte in gegenwärtiger Instanz wiederholt auf das Vorhandensein heimlicher Mängel Bezug genommen habe und daß in der Vernehmlassung eine desfallsige Hinweisung mehrmals zu finden ist, so konnte eine Zurückweisung der Einrede wegen etwa nicht logisch gerechter Vorschützung unmöglich gebilligt werden. Zweifelhaft mag der zweite Punkt erscheinen. Da indessen unter den hervorgehobenen Mängeln zwar mehrere zu finden sind, welche bei der äußeren Besichtigung offenbar als solche sich herausstellen mußten, andere dagegen bei denen dieses bedenklich erscheint und noch andere, wo die Behauptung eines Fehlers klar vorliegt, so mußte, da die Beurtheilung auch dieses Punktes von technischen Kenntnissen abhängt, die deßfallsige Beurtheilung zum Gegenstand einer Beweisauflage gemacht werden. Damit erledigt sich denn auch der dritte Punkt, die mangelhafte Circumstantiirung. Es läßt sich nicht in Abrede nehmen, daß die Beklagte eine

Mehrzahl von inneren Mängeln der fraglichen Waare gerügt, und daß sie die Existenz von äußerlich nicht erkennbaren, also heimlichen Mängeln behauptet haben. Man mußte daher annehmen, daß unter Letzteren, besonders Erstere verstanden und eine weitere Detaillirung dieses ohnehin nur von Sachverständigen genügend zu beantwortenden Punktes nicht erforderlich sei.

War demnach das vorige Erkenntniß wieder aufzuheben und den Beklagten der aus dem Urtheil ersichtliche Beweis aufzulegen, so rechtfertigt sich durch diese wesentliche Abänderung zugleich die Vergleichung der in beiden höheren Instanzen aufgelaufenen Kosten, während es sich von selbst ergibt, daß aus dem Stadtgerichts-Urtheil die Entscheidung unter A herzustellen war und das Erkenntniß über die in erster Instanz aufgelaufenen Kosten von dem Ergebniß der Beweisführung abhängig gemacht werden mußte.

382.

M. S. G., Kläger gegen seine Ehefrau **C.** geb. H., Beklagte, Ehescheidung, jetzt provisorische Trennung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 27. Mai 1864.

I. Da der Kläger als Verwalter des ehelichen Vermögens rechtlich verpflichtet ist, seiner Ehefrau einen Vorschuß für die Kosten gegenwärtigen Rechtsstreites zu leisten und diese seine Verbindlichkeit auch nicht direct bestreitet, so ist demgemäß zu verfügen.

II. Der Antrag des Klägers, daß der Beklagten aufgegeben werde, für die Dauer dieses Rechtsstreites provisorisch eine separate Wohnung zu beziehen, muß nach Lage der Sache für begründet erachtet werden. Es ist nämlich in der hiesigen Rechtsprechung anerkannt, daß eine provisorische Trennung nach freiem richterlichem Ermessen überall dann verordnet werden kann, wenn erhebliche und bescheinigte Gründe dazu vorliegen.

Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Lübeck in der Vereinssammlung B. II. S. 212—17.

Nun ist aber im vorliegenden Falle nicht nur durch das ärztliche Attest [6] der Acten hinlänglich bescheinigt, daß die Gesundheit des Klägers bei dessen nervösem Leiden durch ein Zusammenleben mit der Beklagten gefährdet werden kann, sondern es ist auch durch die von dem Kläger vorgelegten Erkenntnisse der Strafgerichte schon jetzt wenigstens die dringendste Wahrscheinlichkeit dafür begründet, daß die Beklagte sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat. Einem solchen dringendsten Verdachte gegenüber kann aber dem Kläger nicht zugemuthet werden, länger die eheliche Wohnung mit der Beklagten in irgend einer Weise zu theilen.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 12. Septbr. 1859 in Sachen: K ca. Ehemann, Vereinssammlung Bd. V. S. 70—73.

III. Die Parteien sind darüber einig, daß der Beklagten für den Fall einer vollständigen provisorischen Trennung, außer dem jüngsten, erst am 10. Februar 1864 geborenen Kinde, wenigstens vorerst, auch die am 25. October 1860 geborene Tochter Nina Henriette zu belassen, sowie daß die Beklagte mit der erforderlichen Kleidung und Mobiliarschaft 2c. für sich, ihre beiden Kinder und zwei Dienstmädchen zu versehen sei. Auch hat sich der Kläger bereit erklärt, sämmtliche Kosten der Niederkunft und des Wochenbettes der Beklagten direct an die Forderungsberechtigten zu bezahlen. Dagegen bestehen Differenzen hinsichtlich der Schmucksachen und sonstigen Werthgegenstände der Beklagten, sowie hinsichtlich der Größe der derselben zu gewährenden Alimente.

Was zunächst die Schmucksachen und sonstigen Werthgegenstände betrifft, so kann in dieser Beziehung dasjenige nicht maßgebend sein, was in dem das Zusammenleben der Parteien in der ehelichen Wohnung voraussetzenden, auf Antrag der Beklagten eingeleiteten anderen Rechtsstreite verhandelt und erkannt worden ist. Es wird vielmehr bei dem Mangel jeder näheren Bezeichnung der einzelnen hier in Betracht kommenden Gegenstände hierin vorerst gerade so zu verfahren sein, wie hinsichtlich des übrigen der Beklagten zu verabfolgenden beweglichen Eigenthums, d. h. es wird zunächst unter der üblichen Mitwirkung des Gerichtssecretärs eine gütliche Verständigung der Parteien zu versuchen und für den Fall des Scheiterns dieses Versuches der weitere specielle Antrag einer oder der anderen Partei abzuwarten sein.

Um sodann auf die Alimente überzugehen, so fordert die Beklagte fl. 70 per Woche, also jährlich fl. 3640, während der Kläger nur fl. 25 per Woche, demnach fl. 1300 zugestehen will.

In Anbetracht nun einerseits, daß der Kläger in dem anderen zwischen den Parteien anhängigen, schon erwähnten Rechtsstreite ein eingebrachtes Vermögen der Beklagten von wenigstens fl. 100,000 zugegeben hat und andererseits, daß die Beklagte auf eine den Ver-

Vermögens- und Standesverhältnissen beider Parteien entsprechenden Sustentation Anspruch machen kann, erscheint es angemessen, diese Alimente auf fl. 2520 jährlich oder fl. 210 monatlich festzusetzen.

IV. Die Beklagte hat endlich für den Fall einer provisorischen Trennung den Antrag auf Inventarisirung und Sicherstellung ihres unter der Verwaltung des Klägers befindlichen Vermögens gestellt. Dieser Antrag kann aber nicht als rechtlich begründet anerkannt werden. Denn wie es keinem Zweifel unterliegt, daß der Ehemann der gesetzliche Verwalter des gesammten ehelichen Vermögens ist, so kann derselbe auch im Falle einer provisorischen Trennung nur dann seines Rechtes auf diese Verwaltung verlustig gehen oder durch Sicherheitsmaßregeln darin beschränkt werden, wenn genügende Gründe zu der Befürchtung vorliegen, daß er sein Verwaltungsrecht zum Nachtheile der Ehefrau mißbrauche.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 9. Mai 1863 in Sachen N. ca. maritum. *)

Die Beklagte konnte aber keine einzige bestimmte Thatsache anführen, welche eine solche Besorgniß dem Kläger gegenüber als begründet erscheinen ließe, denn daß die bloße Möglichkeit eines Vermögensverlustes durch Geschäfte nach Amerika hierher nicht gehört, bedarf keiner besonderen Ausführung.

Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

A. Der Kläger hat der Beklagten binnen acht Tagen einen Kostenvorschuß von fl. 75 zu leisten.

B. Die Beklagte hat die eheliche Wohnung binnen vier Wochen zu verlassen und für die Dauer des Ehescheidungsprozesses eine separate Wohnung zu beziehen.

C. Der Kläger hat der Beklagten binnen 14 Tagen soviel an Kleidung, Leibgeräthe, Weißzeug, Bettung, sonstigem Mobiliar und Schmucksachen zu verabfolgen, daß sie damit für sich, ihre beiden jüngsten Kinder und zwei Dienstmädchen eine standesgemäße Haushaltung führen kann und wird der Gerichtssekretär

---

*) Siehe Band VII. S. 388.

mit der Ausscheidung und Verzeichnung dieser Gegenstände beauftragt.

D. Der Kläger hat der Beklagten für die Zeit, in welcher dieselbe eine besondere Wohnung mit ihren beiden jüngsten Kindern inne haben wird, an Alimenten monatlich fl. 210 zu bezahlen.

E. Die Beklagte wird mit ihrem Antrag auf Inventarisirung und Sicherstellung ihres unter der Verwaltung des Klägers stehenden Vermögens abgewiesen.

F. Die Entscheidung über den Kostenpunkt bleibt bis zum Erkenntnisse über die Hauptsache ausgesetzt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 27. Juni 1864.

Auf Appellation der Beklagten.

1. Der Beklagten Hauptbeschwerde rücksichtlich der für sie verordneten besonderen Wohnung ist nach den unter II. des stadtgerichtlichen Urtheils enthaltenen Gründen durchaus verwerflich, zumal der Antrag des Klägers durch das die Beklagte des Ehebruchs schuldig sprechende Urtheil des Appellationsgerichts vom 29. Januar 1864 [10] 1^{ao} allein schon vollständig sich rechtfertigt.

2. Auch die vorsorgliche zweite Beschwerde wegen Bestimmung der einstweiligen Alimente auf fl. 210 monatlich verdient keine Berücksichtigung, da diese Feststellung den dermalen actenmäßig vorliegenden Verhältnissen völlig entspricht.

3. Ebenso muß auch die weitere vorsorgliche Beschwerde gegen die Verwerfung der beantragten Verzeichnung und Sicherstellung des in der Verwaltung des Klägers befindlichen Vermögens der Beklagten aus den unter IV. des Urtheils enthaltenen Gründen verworfen werden.

4. Endlich entbehrt auch die vierte Beschwerde wegen Versagung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels der Begründung, denn es ist diese Versagung in Betreff der besonderen Alimente, sowie der damit zusammenhängenden Mobilienausscheidung, als dringender Maßregeln selbstverständlich.

Aus diesen Gründen wird hiermit:

1. Die erhobene Berufung unter ausdrücklicher Wiedereinziehung der provisorischen Verfügung vom 20. d. M. und unter Verfällung der Appellantin in die Kosten dieser Instanz lediglich verworfen.
2. Die Rücksendung der Voracten verordnet.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation der Beklagten durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 5. December 1864,** unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten aus den Gründen der vorigen Entscheidung bestätigt.

383.

J. G. Weitz und Ehefrau, Kläger gegen **M. May und Ehefrau,** Beklagte, nachbarliche Streitigkeiten betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I

vom 8. October 1862.

Die Klage ist darauf gerichtet, daß Beklagter angehalten werde, Gruben, in welchen Häute vermittelst Kalkwassers vorbereitet worden, ein Senkloch und eine um einen Trockenschuppen laufende Gallerie auf dem an das Grundstück der Kläger stoßenden Theile seiner Liegenschaft zu entfernen, auch den Klägern allen durch sein rechtswidriges Verfahren erwachsenen Schaden zu ersetzen. Denjenigen Theil der Liegenschaft des Beklagten, auf welchem sich die fraglichen Anlagen befinden, haben die Kläger laut Kaufbriefs im October 1857 an den Beklagten verkauft. Bei diesem Kaufe hatte Beklagter, wie die Klage selbst anführt, den Zweck, die erkaufte Parzelle mit seinem ihm gehörenden Grundstücke, auf welchem Gerberei betrieben wird, zu verbinden. Zunächst nun

A. den Antrag auf Beseitigung fraglicher Anlagen selbst anlangend, so steht den Klägern nur dann ein Recht auf Beseitigung derselben zu, wenn solche gegen ausdrückliche, beschränkende Bestimmungen des Kaufbriefes errichtet worden sind und die Kläger nicht als später einwilligend angesehen werden müßten. Eine etwa rechtswidrige Benutzung dieser Anlagen könnte wohl, worauf weiter unten zurückzukommen ist, einen Antrag auf Schadensersatz und einen Antrag auf Abstellung dieser Benutzungsweise begründen, nicht aber einen Antrag auf Beseitigung der Anlagen an sich.

1. Hinsichtlich der Errichtung von Gebäulichkeiten enthält nun der Kaufbrief überhaupt keine beschränkende Bestimmung; der Bau

des Trockenschuppens für Lohkäse ist sogar ausdrücklich in dem Kaufbriefe in Aussicht genommen und es ist dabei dem Beklagten gestattet worden, denselben in einer Entfernung von nur 17 Fuß von dem Wohnhause der Kläger an gerechnet, aufzuführen. Auch haben die Kläger den betreffenden Bauriß genehmigt und den Bau im Jahre 1857 vollenden lassen, ohne Einsprache zu erheben.

Wenn daher auch die Gallerie dieses Schuppens in den vertragsmäßig festgesetzten Wich hereinragte, so würden die Kläger jetzt gemäß Art. 74 der prov. Prozeß-Ordn. doch nicht berechtigt sein, den Wiederabbruch dieser Gallerie zu verlangen.

2. Die angefochtenen Gruben (sog. Aescher) bestehen in festen Behältern, welche nebeneinander in die Erde eingegraben werden. Nun untersagt der Vertrag zwar in § 6 ausdrücklich dem Beklagten die Anlagen von Gruben. Allein der Beklagte behauptet, daß unter dem Ausdrucke „Gruben" nicht jede bleibende Vertiefung in dem Erdboden verstanden worden sei, daß vielmehr in dem Vertrage, welcher lediglich bei seinen Beschränkungen den Gerbereibetrieb im Auge gehabt habe und unzweifelhaft hatte, unter Gruben nur das verstanden worden sei, was bei der Gerberei mit diesem Ausdrucke bezeichnet werde, nämlich ausschließlich nur solche Vertiefungen, in welchen bereits vorbereitete Häute mit Lohe versetzt werden, nicht aber die Aescher. Wenn hiernach Beklagter seine Behauptung zu erweisen vermöchte, so würde die Anlage der Aescher an sich gerechtfertigt sein. Beklagter beruft sich ferner darauf, daß die Aescher bereits im Frühjahre 1859 angelegt worden sind, ohne daß Kläger Einsprache erhoben hätten, während der Nebenschuppen viel später, nämlich im Juli 1859, und zwar mit Zustimmung der Kläger über den Aeschern erbaut worden sei. Kläger dagegen leugnen zu der Anlage der Aescher eingewilligt zu haben, da dieselben erst nach Erbauung des verschlossenen Nebenschoppens innerhalb desselben angelegt worden wären. Es hat daher Beklagter auch die Thatsache zu beweisen, auf welcher seine Einrede der Einwilligung beruht.

3. Was das Senkloch betrifft, so stellt Beklagter in Abrede, daß auf der in Rede stehenden Parzelle ein Senkloch angelegt sei. Liefert hiernach nicht klagender Theil den Nachweis der Richtigkeit seiner Angabe, so ist die Klage in diesem Theile gegenstandlos. Findet

sich aber ein Senkloch vor, so wird, da sich Beklagter bezüglich desselben lediglich auf § 6 des Vertrags beruft, dasselbe zu entfernen sein, wenn nicht Beklagter den vorstehend sub 2 erörterten Beweis hinsichtlich der Auslegung des Vertrags erbringt.

B. Die Berufung der Kläger auf die rechtswidrige Benützung der fraglichen Anlagen anlangend, so steht nach bekannten gesetzlichen Bestimmungen der Grundsatz fest, daß Niemand eine nachtheilige Immission in sein Eigenthum zu dulden hat, vielmehr, wo solche stattfindet, auf Abstellung und Schadensersatz zu dringen berechtigt ist. Wenn nun auch die Klage wohl in letzterer nicht aber in erster Beziehung einen ausdrücklichen Antrag enthält, so stellt sich doch die Untersagung einer den Klägern nachtheiligen Benutzung der fraglichen Anlagen in dem vorliegenden Falle lediglich als ein minus der beantragten Entfernung der Anlagen selbst dar, wie denn auch Kläger in ihrer Gegenerklärung den Abbruch der Gallerie als eine Sicherheitsmaßregel gegen künftige Molestirungen bezeichnen. Es kann daher, wenn Eigenthumsbeeinträchtigungen vorliegen, keinen Anstand haben, nicht nur auf Schadensersatz, sondern auch auf Einstellung derselben zu erkennen. In dieser Beziehung behauptet nun die Klage

1. auf der Gallerie des Trockenschuppens werde Leimleder bereitet. Diese Bereitung erzeuge nicht nur eine ungewöhnlich starke, üble Ausdünstung, sondern es würden auch durch den Wind kleine Abfälle in den Garten der Kläger geweht, welche die Anpflanzungen beschädigten. Da sich nun aus den reproducirten Polizei-Amtsacten insbesondere dem Physicatsberichte ergibt, daß allerdings die Leimlederbereitung die erwähnten Nachtheile mit sich bringt, namentlich daß die Ausdünstung dieses Nebenproductes der Gerberei, das Beklagter füglich an einer anderen Stelle bereiten könnte, eine außergewöhnlich belästigende ist, zugleich aber auch aus den angezogenen Acten zu entnehmen ist, daß dem Beklagten bereits längst die Bereitung des Leimleders auf der Gallerie untersagt worden ist, und Beklagter in seiner Vernehmlassung erklärte, daß er von der Leimlederbereitung an fraglicher Stelle abstehe, so sind Kläger hierauf zu verweisen, so daß es sich nur noch um den durch die frühere rechtswidrige Benutzung der Gallerie entstandenen Schaden handeln kann.

2. Hinsichtlich der Aescher beschweren sich die Kläger über einen in ihr Besitzthum eindringenden üblen Geruch. Wenn nun auch aus der Aescherwerkstätte, einem nach allen Seiten verschlossenen Raume, ein belästigender Geruch in die Nachbarschaft dringt, so kann doch diese mit dem Gerbereibetriebe nothwendig verbundene Unannehmlichkeit nicht als eine eigentliche Eigenthumsbeeinträchtigung angesehen werden und zwar hier um so weniger, als die Kläger das fragliche Grundstück an den Beklagten verkauften, wissend, daß es zu Gerbereizwecken verwendet werde. Würden indessen die Aescher überhaupt an der fraglichen Stelle nach Maßgabe des oben sub A. 2. Gesagten, nicht bestehen dürfen, so würde es den Klägern nicht zu verwehren sein, Ersatz des ihnen aus der seitherigen Belästigung etwa erwachsenen Schadens zu beanspruchen.

3. Hinsichtlich des Senkloches führen die Kläger an, daß dasselbe, weil es unbedeckt sei, eine üble Ausdünstung verbreite und daß ferner das unreine Wasser in den klägerischen Brunnen einsickere. Da Beklagter verpflichtet ist, seine Nachbarn auch vor bloßen Belästigungen seines Gewerbebetriebes, so viel an ihm ist, zu bewahren, so wäre das Senkloch jedenfalls in geeigneter Weise zu bedecken. Und da das Eindringen unreiner Flüssigkeit in den klägerischen Brunnen, dessen Beweis vorausgesetzt, als eine gesetzwidrige Immission anzusehen ist, so begründet solches den Anspruch auf Abstellung des Mißstandes, sowie auf Entschädigung.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Der Antrag auf Beseitigung der Gallerie des Trockenschuppens wird verworfen.

II. Es haben vorbehältlich des Gegenbeweises binnen 14 Tagen zu beweisen:

A. Kläger:

1. daß sich auf dem in Rede stehenden Theile des Grundstückes des Beklagten ein offenes Senkloch befindet,

2. daß unreine Flüssigkeit aus dem Senkloche in den Brunnen der Kläger eindringt.

B. Beklagter:

Rücksichtlich der Aescher

1. daß bei dem Gerbereibetriebe unter dem Ausdrucke „Gruben“ ausschließlich nur solche Vertiefungen zu verstehen sind, in welchen bereits vorbereitete Häute mit Lohe versetzt werden und daß die Kläger bei dem Abschlusse des Kaufbriefes diese Bedeutung des Ausdruckes „Gruben“ gekannt haben.

oder

2. daß die in dem Nebenschuppen vorhandenen Aescher bereits im Frühjahre 1859 angelegt und vollendet worden sind.

III. Gegen den Beweis der Kläger sub A. 1. ist dem Beklagten der Einredebeweis sub B. 1. vorbehalten.

IV. Je nach dem Ergebniß der Beweisführung soll nach Maßgabe der Enscheidungsgründe in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen weitere Verfügung ergehen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 8. April 1863.

Auf beiderseitige Appellation.

I. Was die Appellation der Beklagten und die erste, sowie die eventuelle zweite Beschwerde anbelangt, so ist das Nachfolgende zu befinden:

Wenn in dem § 6 des Kaufbriefs vom 4. October 1857 die Käufer sich verpflichtet hatten, auf dem erkauften Grundstück keine Gruben anzulegen, so lange die Verkäufer Besitzer ihres Grundstücks, resp. Hauses seien, so spricht der bei der Interpretation von Vertragsbestimmungen zunächst maßgebende Wortsinn:

von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts, I. Buch, § 148.

Sintenis, Civilrecht Bd. II. S. 301 u. f.

Arndts, Lehrb. der Pand. § 75. S. 92. (3. Aufl.)

Puchta, Pand. § 66. S. 104. (8. Aufl.)

in Verbindung mit dem Umstande, daß es sich um ein Grundstück handelt, welches von den Verkäufern den Käufern überlassen worden, damit diese dasselbe für die von ihnen betriebene Gerberei benutzen können, dafür, daß die von den Verkäufern bedungene und von den Käufern eingeräumte Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse der

Letzteren sich auf alle diejenigen Vertiefungen des Erdbodens beziehen sollten, welche die Bestimmung haben, die bei dem Gerbereibetriebe vorkommenden schädlichen oder unangenehmen Flüssigkeiten aufzunehmen. Wenn dagegen die Beklagten behaupten, daß unter Gruben, deren die Gerber sich bedienen, nur diejenigen Behälter zu verstehen seien, in welchen die vorbereiteten, von Haar und Fleisch befreiten Häute mit Lohe versetzt werden, welche Lohgruben „eine sehr heftige säuerliche Ausdünstung hätten“, aber auch von ihnen auf der den Klägern abgekauften Parzelle nicht angelegt worden wären, und wenn, was klägerischerseits bestritten und daher zunächst von den Beklagten zu beweisen ist, dem Ausdruck „Gruben“ von den Gerbern die angegebene Bedeutung beigemessen würde, so konnte in vorliegendem Falle nur denn gefolgert werden, daß der gedachte Ausdruck in dem Kaufvertrage in dieser engeren Bedeutung zu verstehen sei, falls zugleich dargethan würde, daß den Klägern diese Bedeutung des von ihnen gebrauchten Wortes bei Abschluß des Kaufvertrags bekannt gewesen sei. Diesem nach erscheint die von den Beklagten wegen der ihnen in dem angefochtenen Erkenntniß unter II. B. gemachten Beweisauflage erhobene erste, sowie die eventuelle zweite Beschwerde ungerechtfertigt.

Auch die dritte Beschwerde ist ungegründet. Die Kläger hatten in ihrer Klage den Antrag gestellt, daß die Beklagten angehalten werden, die um den Trockenschuppen laufende Gallerie zu beseitigen und das Stadtgericht hat in diesem Antrage das statthafte minus gefunden, daß dem Beklagten verboten werde, die erwähnte Gallerie zum Trocknen der Lederabfälle zu benutzen. Von dem Stadtgericht wurden nun hinsichtlich dieses Antrags die Kläger unter B. 1. der Entscheidungsgründe lediglich auf den Inhalt der Vernehmlassung der Beklagten verwiesen, worin dieselben erklärt haben, daß der betreffende Klagpunkt mindestens zur Zeit ganz gegenstandlos sei, indem sie seit Monaten kein Leimleder mehr auf die Gallerie nach der Seite der Kläger aufgelegt hätten. Hiernach würden wohl die Kläger Ursache gehabt haben, sich darüber zu beschweren, daß nicht das obenerwähnte Verbot an die Beklagten ausdrücklich erlassen worden ist, dagegen kann die gedachte Stelle der Entscheidungsgründe den Beklagten nicht zur Beschwerde gereichen, weil darin demselben das Recht, die bezeichnete

Gallerie zum Trocknen der Lederabfälle zu benutzen, noch gar nicht aberkannt worden ist.

Ebensowenig könnten die Beklagten, durch den Schlußsatz im ersten Entscheidungsgrunde, wo ausgesprochen worden ist, daß es sich nur noch um den durch die frühere rechtswidrige Benutzung der Gallerie entstandenen Schaden handeln könne, für beschwert erachtet werden, da das Stadtgericht diesem Ausspruch in dem entscheidenden Theile seines Erkenntnisses keine weiteren Folgen gegeben hat.

Die anmit ausgesprochene Verwerfung der vierten Beschwerde ist eine nothwendige Folge der vorderen Verwerfung der ersten Beschwerde.

II. Die Appellation der Kläger anbelangend, so finden die zwei ersten Beschwerden in demjenigen, was vorstehend rücksichtlich der ersten, sowie der eventuellen zweiten Beschwerde der Beklagten angeführt worden, ihre vollständige Widerlegung.

Wenn übrigens die Beklagten den ihnen unter II. B. 1. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vorbehaltenen und die Kläger die ihnen unter II. A 1. und 2. auferlegten Beweise erbringen, so können die Kläger zwar nicht die Beseitigung der Aescher und des Senklochs verlangen, allein es bleibt dann wenigstens die in dem stadtgerichtlichen Erkenntniß unter B. 3. der Entscheidungsgründe getroffene Verfügung in Kraft.

Die dritte Beschwerde der Kläger, welche die Fassung des Beweissatzes II. B. 2. betrifft, ist insoweit begründet, als die Fassung nicht alles in sich begreift, was den Beklagten nach Lage der Acten zu beweisen obliegt, wenn daraus die von ihnen behauptete Genehmigung der Anlage der Aescher gefolgert werden soll. Denn die Anbringung solcher Aescher kann nicht als die Errichtung eines Baues im Sinne des Art. 74 der prov. Proz.=Ordn. angesehen werden,

(Vereins=) Sammlung der Entscheidungsgr. des O.=A.=G. zu Lübeck, Bd. II. S. 274. Bd. III. S. 32.

und es ist deßhalb unter den obwaltenden Umständen nur dann anzunehmen, daß die Kläger die von den Beklagten angelegten Aescher genehmigt haben, wenn im Juli 1859, als sie zur Erbauung der die Aescher enthaltenden Aescherwerkstätte ihre Genehmigung ertheilten, die Aescher bereits existirten und ihnen deren Existenz bekannt.

Der Beweissatz II. B. bedarf daher einer dem vorstehenden entsprechenden Abänderung:

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

A. Das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 8. October 1862 wird im Uebrigen bestätigt und nur darin erweitert, daß der Beweis der Beklagten unter B. 2. noch den Zusatz zu erhalten hat, daß die Kläger im Juli 1859, als sie zur Erbauung der die Aescher enthaltenden Aescherwerkstätte ihre Genehmigung ertheilt, von der Anlage der Aescher bereits Kenntniß gehabt haben.

B. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation der Beklagten unter Verurtheilung derselben in die Kosten durch **Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 13. December 1864** bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben gegenwärtig zunächst ihre beiden ersten Beschwerden voriger Instanz erneuert, und sich sodann in Grav. 3. über eine zu Gunsten der Kläger erfolgte Abänderung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses beschwert.

I. Die erste Beschwerde geht dahin, daß die Kläger nicht sofort mit ihrem Verlangen auf Entfernung der angeblichen Gruben und eines angeblichen Senkloches abgewiesen worden seien.

Der Anspruch, auf dessen Verwerfung die Beklagten antragen, ist von den vorigen Instanzen lediglich vermöge der Bestimmung in § 6 des unter den Parteien im Jahre 1857 abgeschlossenen Kaufcontracts — wonach die Beklagten sich verpflichtet haben, so lange die Kläger ihr Grundstück, resp. Haus besitzen werden, auf dem gekauften Grundstück „keine Gruben" anzulegen — als ein an sich begründeter anerkannt, den Beklagten jedoch der Beweis einer anderen Auslegung dieser Vertragsbestimmung vorbehalten worden. Die vorliegende Beschwerde macht geltend, der § 6 des Kaufvertrags biete, schon bei Anwendung der allgemeinen Interpretationsregeln, keinen Grund für den Anspruch dar, sie ist aber in der Ausführung eventell auch dahin ausgedehnt worden, daß jedenfalls den Klägern der Beweis einer dem Anspruch zur Seite stehenden Absicht der Beklagten bei Ein-

gehung des Vertrages obliegen würde. Gewiß ist dabei, daß die Vertiefungen, um deren Entfernung es sich jetzt allein handelt, nämlich die von dem Beklagten zugestandenermaßen angelegten Aescher, d. h. in den Boden eingesenkte Behälter, worin die rohen Häute mit Kalkwasser vorbereitet werden, und ein Senkloch, dessen Existenz auf dem gekauften Grundstück erst noch erwiesen werden soll, nicht unter denjenigen Begriff von Gruben fallen, welchen die Beklagten diesem Ausdruck ausschließlich vindiciren wollen, nämlich von Vertiefungen, worin die schon enthaarten Häute auf längere Zeit mit Lohbrühe bearbeitet werden. Es kommt also nur darauf an, ob die Contrahenten in § 6 des Vertrages diesen speciellen oder einen weiteren, die Aescher und Senklöcher mit umfassenden Begriff von Gruben zu Grunde gelegt haben. Was nun

1. Die Beschwerde in ihrer principalen Richtung betrifft, so sind die Beklagten

a. der Meinung, es sei den Umständen nach bereits für ausgemacht zu erachten, daß beide Contrahenten mit dem Ausdrucke „Gruben" den angeführten technischen Begriff verbunden hätten.

Hier ist freilich den Beklagten soviel ohne Weiteres zuzugeben, daß es nicht als Absicht der Contrahenten vorausgesetzt werden kann, die Anlage jeder denkbaren Vertiefung in den Boden auszuschließen, da für eine soweit gehende Beschränkung des Eigenthums der Beklagten kein erklärlicher und vernünftiger Zweck abzusehen wäre. Auch ist auf die von den Klägern wiederholt aufgestellte Behauptung, man sei beiderseits darüber einverstanden gewesen, daß die Beklagten das gekaufte Grundstück lediglich zur Anlegung eines Trockenschuppens verwenden dürften, keine Rücksicht zu nehmen. Denn über diese von den Beklagten entschieden bestrittene und durch den Inhalt des schriftlichen Vertrages in keiner Weise bestätigte Behauptung ist in den vorigen Instanzen ein Beweis nicht nachgelassen worden, und die Kläger haben sich dabei beruhigt.

Allein, auch wenn die Erwägung zu Grunde zu legen ist, daß das gekaufte Grundstück, soweit nicht Beschränkungen besonders ausbedungen wurden, von den Beklagten zur Erweiterung ihres Gerbereibetriebes verwendet werden durfte, so folgt daraus doch keinesweges, daß die Contrahenten gerade den speciellen technischen Begriff von

Gruben als Lohgruben im Auge gehabt haben mußten. Konnten die Kläger sich jener Erwägung nicht entziehen, so mußten andererseits die Beklagten sich sagen, daß bei den Klägern die technischen Kenntnisse des Gerbereigeschäftes nicht vorauszusetzen und dieselben nicht verpflichtet seien, beim Gebrauch von Ausdrücken, welche der allgemeinen Verkehrssprache angehören, erst nachzuforschen, ob sie nicht in der Gerberei etwa eine bestimmte engere Bedeutung hätten. Man hat vielmehr, sobald ein gebrauchter Ausdruck eine allgemein gangbare und daneben eine speciell technische Bedeutung hat, die Kenntniß der letzteren aber nicht von beiden Contrahenten vorausgesetzt werden kann, im Zweifel immer anzunehmen, daß die erstere Bedeutung zu Grunde gelegt worden sei; was eine nähere Begrenzung aus anderen als technischen Gründen im einzelnen Falle nicht ausschließt. Diese Annahme beruht nicht darauf, daß stets für die engere im Gegensatz zu der weiteren Bedeutung eines Wortes, oder stets für die gemeine im Gegensatz zur technischen Bedeutung die Vermuthung streite; denn solche Präsumtionen existiren allerdings nicht. Die Annahme rechtfertigt sich aber durch die Betrachtung, daß bei einem mehrdeutigen Worte nur derjenige Begriff, in dessen Bekanntschaft das Bewußtsein beider Contrahenten zusammentrifft, als Ausdruck der vereinten Willensmeinung angesehen werden kann.

Man hat daher auch im vorliegenden Falle, so lange nicht der Nachweis geliefert ist, daß den Klägern bei Abschluß des Kaufvertrages der behauptete technische Begriff von „Grube" bekannt gewesen sei, davon auszugehen, daß die Parteien die gemeine Bedeutung von Grube zu Grunde gelegt, dieselbe aber, weil die Ausdehnung des fraglichen Verbots auf den vollen Umfang der gemeinen Wortbedeutung aller Wahrscheinlichkeit entbehren würde, im beiderseitigen Einverständniß nach Anlaß und Zweck des Kaufgeschäfts begrenzt haben werden. Dies führt auf die Auslegung des Appellationsgerichts. Den Klägern war bekannt, daß die Beklagten auf ihrem anstoßenden ursprünglichen Eigenthum die Gerberei betrieben, und mußten sich sagen, daß auch das gekaufte Grundstück, soweit sie sich nicht vertragsmäßig dagegen sicherten, zum Betrieb der Gerberei mit verwendet werden könne. Ihr Interesse bei Vereinbarung des § 6 war daher unverkennbar kein anderes, als sich beim Bewohnen und Benutzen ihres Hauses

und Gartens gegen die belästigenden und unangenehmen Folgen des Gerbereibetriebes in ihrer nächsten Nachbarschaft möglichst zu schützen; wie dies namentlich dadurch bestätigt wird, daß sie sich das Verbot des § 6 nur auf die Dauer ihres persönlichen Besitzes ausbedungen, also irgend einen Schutz oder Vorzug zum Besten ihres Grundstücks gar nicht beabsichtigt haben können. Alles dieses lag auch den Beklagten klar vor und mußte ihnen wohl bewußt sein. Man kann daher bis zum Beweis einer anderen Willensmeinung nur annehmen, daß beide Theile alle solche speciell dem Gerbereibetrieb angehörige Vertiefungen im Auge gehabt haben, welche durch Aufnahme und Aufbewahrung der bei diesem Betrieb vorkommenden Flüssigkeiten und Stoffe belästigende Gerüche und Ausdünstungen zu verbreiten geeignet sind. Daß bei dieser Auffassung der mit dem Ausdruck „Gruben" verbundenen Absicht sowohl die Aescher, nach der von den Beklagten selbst davon gemachten Beschreibung, als auch die nach dem Baubescheid vom 17. August 1857 zur Aufnahme der unreinen Abflüsse bestimmten Senklöcher von dem Verbot des § 6 betroffen werden, kann keinem Zweifel unterliegen. Wenn die Beklagten aber gegenwärtig einwenden, die Auslegung des Appellationsgerichtes sei darum eine unstatthafte, weil sie von keiner der Parteien geltend gemacht worden sei, so ist dieser Einwand ein ganz ungeeigneter, da die Kläger in erster Instanz den Ausdruck „Gruben" in voller Allgemeinheit von allen Vertiefungen verstanden wissen wollten, dem Richter aber selbstverständlich frei stehen muß, zwischen den von den Parteien geltend gemachten Extremen eine mittlere Auslegung zu wählen, welchen Einfluß man auch sonst den Behauptungen der Parteien auf die richterliche Auslegung von Verträgen einräumen möge.

Ebenso klar ist es aber, daß alle die gesetzlichen Interpretationsregeln, worauf sich die Beklagten berufen — es sei wider den, welcher den Vertrag abgefaßt habe, auszulegen, es sei im Zweifel die geringere Verpflichtung anzunehmen — den Klägern gegenüber völlig unanwendbar sind, wenn sie mit dem behaupteten technischen Begriff von Gruben nicht bekannt gewesen sein sollten; die Abfassung des Vertrages durch die Kläger ist überdies bestritten. Vielmehr könnte man zu einem anderen Resultate nur gelangen, wenn feststände, daß den Klägern jener technische Begriff bei Abschluß des Vertrages bekannt

gewesen wäre. Nun haben freilich die Beklagten versucht, nicht nur die von ihnen geltend gemachte Bedeutung von Gruben bei der Gerberei als eine ganz allgemein bekannte hinzustellen, sondern auch aus den Umständen zu deduciren, daß wenigstens den Klägern diese Bedeutung bekannt gewesen sein müsse. Allein die erstere Behauptung bedarf keiner besonderen Widerlegung. Die Richtigkeit des technischen Begriffes selbst angenommen, würde immer schon eine nähere Vertraulichkeit mit dem Betriebe der Gerberei erfordert werden, um zu wissen, daß unter Gruben ausschließlich Lohgruben und nicht auch andere ähnliche Vertiefungen, z. B. Aescher, verstanden würden, und ein solches Vertrautsein kann von keinem Laien vorausgesetzt werden. Und was die andere Behauptung betrifft, so leuchtet es ein, daß die von den Beklagten angeführten Umstände, die Nachbarschaft, tägliche Beobachtung des Gewerbes und der, ohnehin noch bestrittene, Verkehr zwischen den Parteien, zwar demnächst Momente für die Beweisführung darbieten können, in keiner Weise aber genügen, um schon jetzt die specielle Kenntniß der Kläger von dem technischen Begriff der Gruben als erwiesen anzusehen.

b. Die Beklagten machen zur Begründung ihrer Beschwerde weiter geltend, sie selbst hätten bei Abschließung des Contracts doch nur die technische Bedeutung von Gruben im Sinne haben können, es würde daher, wenn die Kläger etwas Anderes darunter verstanden hätten, am Consense der Contrahenten fehlen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Mangel des Consenses über den § 6 dazu führen würde, bloß diesen Paragraphen in dem von den Beklagten vertheidigten beschränkten Sinne aufzufassen oder nicht vielmehr den ganzen Vertrag als ungültig erscheinen ließe; wobei auch der von den Beklagten in jetziger Instanz bemerklich gemachte, von den Klägern aber bestrittene Umstand, daß das Verbot des § 6 von ihnen erst nachträglich, nachdem man sich schon über den Kaufpreis geeinigt gehabt, zugestanden worden sei, offenbar keinen Unterschied machen kann. Jedenfalls widerlegt sich die Behauptung selbst schon durch die bisherige Ausführung. Denn durften die Beklagten bei den Klägern keine Bekanntschaft mit der besonderen technischen Bedeutung von Grube voraussetzen, ließen aber dennoch den Ausdruck ohne erläuternden Zusatz und ohne die Kläger vorher darüber aufzuklären, in den

Vertrag aufnehmen, so willigten sie eben damit ein, daß die gewöhnliche und allgemeine Bedeutung des Wortes zu Grunde gelegt wurde. Daraus folgt aber zugleich

2. die materielle Grundlosigkeit des eventuellen Antrages, den Klägern erst noch den Beweis aufzulegen, daß die Beklagten die Absicht gehabt hätten, eine über den technischen Begriff von Gruben hinausgehende Beschränkung ihres Eigenthums zuzugestehen; weshalb es unentschieden bleiben kann, ob dieser eventuelle Antrag, welcher ein zwischen der ersten und zweiten Beschwerde voriger Instanz liegendes Resultat verfolgt, formell statthaft war.

II. Die zweite Beschwerde geht, wie Grav. 2 voriger Instanz, dahin, daß in dem Beweissatz B. 1. des Stadtgerichtes der zweite Theil, wonach die Beklagten zugleich beweisen sollen, daß die von ihnen geltend gemachte (technische) Bedeutung des Ausdrucks „Gruben" den Klägern bei Abschluß des Kaufvertrages bekannt gewesen sei, nicht gestrichen worden sei.

Diese Beschwerde hat bereits in der Ausführung zu Grav. 1 ihre Widerlegung gefunden.

III. Das Stadtgericht hatte sub B. 2. den Beklagten den Beweis nachgelassen, daß die in dem Nebenschuppen vorhandenen Aescher bereits im Frühjahre 1859 angelegt und vollendet worden seien; indem es davon ausging, daß durch diese Thatsache mit Rücksicht darauf, daß der gedachte Nebenschuppen mit Zustimmung der Kläger im Juli 1859 erbaut worden sei, die Einwilligung der Kläger zur Anlegung der Aescher dargethan werde. Das Appellationsgericht hat in Folge einer Beschwerde der Kläger jenem Beweissatze die erschwerende Fassung gegeben:

daß die Kläger im Juli 1859, als sie zur Erbauung der die Aescher enthaltenden Aescherwerkstätte ihre Genehmigung ertheilt, von der Anlage der Aescher bereits Kenntniß gehabt haben.

Mittelst ihrer dritten Beschwerde verlangen nunmehr die Beklagten die Wiederherstellung der stadtgerichtlichen Entscheidung, indem sie sich theils darauf stützen, daß hier die Vorschrift des Art. 74 der provisorischen Prozeß-Ordnung zur Anwendung komme, theils darauf, daß allen Umständen nach bereits für constatirt erachtet werden

müsse, daß die Anlegung der Aescher den Klägern im Juli 1859 bekannt gewesen sei.

Was zunächst den Art. 74 der provisorischen Prozeß-Ordnung betrifft, so sind die in der Sent. a qua erwähnten beiden Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts.

Leonhard ca. Bauamts-Eisenbahn-Commission, Juli 1848,

Gemeinde Dortelweil ca. Bauamts-Eisenbahn-Commission, December 1856,

allerdings keine Präjudicate für einen Fall der vorliegenden Art, indem die Entscheidung in denselben sich auf die besondere Natur der Expropriation stützt, und es in der zweiten Sache nur, wie in der etwas früheren Sache:

Bauamts-Eisenbahn-Commission ca. Fabian, Januar 1856,

als Bedenken hervorgehoben worden ist, ob die Vorschrift des Art. 74 auf andere als Hochbauten anwendbar sei. Einer Entscheidung über dieses Bedenken bedarf es aber auch jetzt nicht, indem es aus einem anderen Grunde keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Vorschrift auf den vorliegenden Fall unanwendbar sei. Nach dem Art. 74 soll derjenige, welcher mit dem rechtsbegründeten Einspruch gegen einen Bau seines Nachbars wissentlich so lange zögert, bis der Bau vollendet ist, als Einwilligender behandelt werden. Wesentliche Voraussetzung ist also, daß der zum Einspruch Berechtigte entweder vorher von der Beschaffenheit des beabsichtigten Baues unterrichtet worden sei, oder der angefangene und noch unvollendete Bau in augenfälliger Weise bestimmt erkennen lasse, welche Rechtsverletzung ihm durch den Bau zugefügt werde, oder mit Vollendung desselben drohe. Im vorliegenden Falle aber hatten die Kläger nach § 6 des Kaufcontracts, mag man die von den Beklagten vertheidigte, oder die oben gerechtfertigte Auslegung zu Grunde legen, gegen das Anbringen von Vertiefungen auf dem fraglichen Grundstück noch gar kein Recht des Einspruches, sondern erst dann, wenn die Vertiefungen zu Aeschern oder Lohgruben verwendet wurden. Die Bestimmung hierzu war aber nicht eher äußerlich wahrnehmbar, als bis die Vertiefungen als Aescher oder Lohgruben wirklich in Betrieb gesetzt wurden; und es kann folglich, da

eine vorgängige Benachrichtigung von der beabsichtigten Anlage nicht in Frage steht, von einer wissentlichen Unterlassung des Einspruchs bis zum Augenblick der Vollendung keine Rede sein.

Was sodann die Behauptung betrifft, es sei schon für constatirt zu erachten, daß den Klägern die Anlegung der Aescher im Juli 1859 bekannt gewesen sei, so gilt hier dasselbe wie oben von der Deduction hinsichtlich der angeblichen Bekanntschaft der Kläger mit dem technischen Begriff von Gruben. Denn alle die Umstände, welche die Beklagten für ihre Behauptung geltend machen, und welche zum Theil noch unerwiesen sind, die Nachbarschaft, die Möglichkeit steter Beobachtung, der Verkehr unter den Parteien, der von den Aeschern verbreitete Geruch ꝛc. — können zwar als mehr oder weniger erhebliche Beweismomente dienen, sind aber nicht geeignet, schon jetzt Gewißheit über die streitige Thatsache herzustellen.

IV. Die vierte Beschwerde, daß die Kläger nicht in die Kosten der beiden vorigen Instanzen verurtheilt worden seien, ist nur consecutiv und erledigt sich mit der Verwerfung der übrigen Beschwerden.

Bei ergehender confirmatoria waren die Beklagten in die Kosten der gegenwärtigen Instanz zu verurtheilen.

Druck von Mahlau & Waldschmidt in Frankfurt a. M.

Sachregister.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

K.

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

U.

V.

W.

Z.



Namenverzeichniß zu Band I. bis VIII.

Die römischen Zahlen bedeuten den Band, die arabischen die Seite.
